SENTENZA

DEL TRIB. CIV. DI NAPOLI

FRA I SIGG. FOLGORI E I SIGG. PIGNATELLI

NELLA PARTE CHE ESCLUDE LA SOSTITUZION PUPILLARE

DEL MARCHESE D. NICCOLA FOLGORI

AL DEFUNTO

MARCHESINO DI DUCENTA SUO NIPOTE

ANNOTATA

DA' DIFENSORI DELLA SOSTITUZIONE.

AVVERTIMENTO

DEGLI ANNOTATORI.

Il Tribunal Civile di Napoli, colla sentenza, che siegue, ha giudicato sfavorevolmente della sostituzion pupillare, fatta dal Marchese di Ducenta, D. Ferdinando Folgori, al Marchesino D. Salvadore suo figliuolo, nella persona dell' ora Marchese D. Niccola, suo fratello germano, il maggiore fra' zii del pupillo: sostituzione scritta l' anno 1801, sotto l' antico diritto; pubblicata alla morte del testatore, l' anno 1810, sotto il Codice Civile; aperta sotto le Leggi Civili, il 1822, colla morte del Marchesino in età di anni diciassette e dieci dì; prima cioè che compiesse i diciotto anni, a' quali il diritto novissimo ha estesa

la incapacità di testare de' beni soggetti a sostituzion pupillare, togliendo al minore quella facoltà di dispor per metà, che il diritto francese concedeva dal cominciar degli anni diciassete infino a' ventuno.

Non per defraudare delle debite lodi le difese pubblicate da'nostri oppositori, tutte colme di squisita dottrina, e splendide de'più bei lumi della eloquenza del foro, ma perchè in esse si è troppo moltiplicato in quistioni, affin di stancare l' attenzione de' giudicanti, ed in ciascuna si è più cercato di ammucchiare, che di scegliere, e talvolta più di declamare, che di discorrere; confessiam volentieri, che la sentenza è il più bel lavoro, che sia uscito contra della nostra intrapresa.

Ivi niuna delle frivole quistioni intorno alla pretesa revoca del testamento; intorno ad un immaginario giudicato, che si dice caduto sul medesimo, il 1810; intorno al trovarvisi o no la dibattuta pupillare; intorno al non potersi ella ordinare sopra postumi non ancor concepiti ec. ec. le quali han cagionata la perdita di molta opera, e di molto inchiostro.

Niuna ivi di quelle quistioni, che più dappresso alla cosa, si son fatte per puro proponimento di contrastare tutte le verità, finanche le più evidenti; quali

sono

sono, che la sostituzion pupillare non porti seco gravame di conservare al sostituto; ch' ella riguardi una seconda eredità, cioè del pupillo, diversa da quella del padre ec. ec. Ivi tutto è ristretto alle controversie più degne di esser ventilate; tutto è connesso; tutto esposto con quella sobrietà, che tanto sta bene in bocca al magistrato, allorchè pronunzia, e con tal chiarezza e proprietà di dire, che farebbero onore grandissimo ad ogni dotto e colto estensore.

Quindi dovendosi da noi rientrare in lizza in grado di appello, e volendo presentare un parallelo del pro e del contra della causa, senza smarrirci ne' tortuosi sentieri, dove ad arte ci vorrebbero indurre i nostri avversarj; stimiamo pregio dell' opera il produr la sentenza tal quale, corredata di passo in passo di nostre modeste osservazioni. Se dallo scontro e dal conflitto delle proposizioni, che si contrappongono, scintilla meglio quel lume, che discuopre da qual de' due canti il vero si stia; portiamo ferma speranza, che la nostra causa, oppressa finora da una moltitudine di estranee cose, abbia ad emergerne più bella e più chiara, che non è apparsa finora.

Retti, com'essi sono, e come noi quanto altri mai gli conosciamo, gli autori della sentenza, goderanno egli-

eglino i primi delle nostre cure. Imperciocchè, se il loro fine non altro è stato, che il trovamento del vero; non potrà non riscuotere i loro applausi ogni mezzo, che da qualunque lato si adoperi, per porre a cimento ed a pruova quel, che tale si è creduto da loro.

PA-

PAROLE DELLA SENTENZA.

IDEE PRELIMINARI.

I. 1. *Considerando, che sebbene il testamento del Marchese D. Ferdinando Folgori sia in mille guise combattuto, e per la sua inesistenza, come rivocato dal testatore, e per la intrinseca nullità della sòstituzion pupillare, riguardata secondo le idee della stessa romana giurisprudenza; nondimeno tutte queste quistioni, che insorgono indipendentemente dalle novelle leggi, riescano poco interessanti nella causa; giacchè riguardate tutte per avventura nello aspetto più favorevole per lo sostituto pupillare, in nulla possono agevolare la di lui vittoria.*

2. *Che in effetti, salvo egli tra le onde di queste prime quistioni, urti inevitabilmente nello scoglio, che gli presenta il cambiamento della legislazione.*

3. *E che quindi convenga alla dignità del magistrato il riguardare la causa nella parte, ove maggiormente appalesa il suo debole, senza perdersi nell' esame di superflue quistioni.*

II. *Considerando, che il cambiamento avvenuto nella legislazione, per la pubblicazione del Codice Civile, du-*

durante la vita del testatore Marchese di Ducenta, abbia estinto e polverizzato ogni diritto del sostituto pupillare.

1. *Perchè restò in generale annullato il testamento, non che la pretesa sostituzione pupillare, come quella, che o infetta di qualità fedecommessaria, o involuta tra non pochi fedecommessi, cadde nella nullità fulminata dal rigor del novello diritto.*

2. *Perchè la stessa sostituzione pupillare si trovò particolarmente proibita dalle novelle leggi, e divenne incompatibile co' principj fondamentali del Codice Civile.*

3. *Perchè è una falsa supposizione, che le leggi novissime abbiano richiamata a novella vita la sostituzione pupillare de' Romani; e molto più che ne abbiano estesa la durata fino all' anno diciottesimo del minore.*

4. *Perchè, data pure come vera la supposta ipotesi, non potrebbe il sostituto pupillare trar vantaggio dalle sanzioni delle leggi in vigore; giacchè il suo diritto, distrutto ed annientato una volta, non può novellamente risorgere.*

5. *Finalmente perchè, quando anche, secondo le ultime idee sviluppate nella causa, sia pur vero per ipotesi, che si possa obbliquare la sostituzione pupillare*

lare in una sostituzione fedecommessaria, che non incontri l'ostacolo del Codice Civile, e vada a congiungersi con quella permessa dalle leggi in vigore; pur non di meno resta sempre fermo da una banda il primo ostacolo della nullità del testamento; e dall' altra questa novella trasformata sostituzione trova la sua tomba nella durata, che le ha impressa la legge, e le ha data il testatore, da non potersi estendere al tempo, in cui il minore è trapassato.

Nota I.

La sentenza riduce le difficoltà della causa a cinque, dipendenti tutte dalla legislazione novella. 1. Alla nullità, che alla nostra pupillare crede comunicata da quel, che di fedecommesso l'accompagna. 2. Alle sopravvenute leggi novelle, che dice opposte ad essa. 3. Alle leggi novissime, delle quali niega che abbiano rinnovata la sostituzion pupillare. 4. Allo essere stato il diritto della nostra sostituzione distrutto anche prima di queste ultime leggi. 5. Al non potersi mai ella congiungere con queste stesse leggi, essendosi la durata impressale e dalle leggi antiche e dalla volontà del testatore, già estinta al nascer di

 que-

queste. Dobbiamo alla sentenza la riduzione delle quistioni della causa; e non è picciol vantaggio, che l'attenzione non venga divisa fra le tante, che se ne sono immaginate per confonderla. Poichè la sentenza si restringe a sviluppare le sole riferite cinque difficoltà, noi crediamo di non doverci occupare di quelle, che lascia in disparte.

Parole della sentenza.

Annullamento della sostituzione pupillare per la miscela co' fedecommessi.

III. 1. *Considerando, che l'abolito Codice Civile sia stato tanto rigoroso nel vietare le sostituzioni fedecommessarie, che ne abbia quasi in un fascio pronunziata la nullità, congiuntamente colla istituzione di erede, colla donazione, e col legato, a cui fossero aggiunte.*

2. *E che sia tanto chiaro su di ciò il linguaggio della legge, che il dubitarne sia lo stesso, che negar fede alla verità medesima, ed alle parole espresse dell' art.* 896 *ov' è scritto :* Ogni disposizione, con cui il donatario, l'erede istituito, o il legatario sarà gravato di conservare, e di restituire ad un terzo,

zo, sarà nulla anche per rispetto al donatario, all'erede scritto, ed al legatario. *Sanzione dura per verità, ma che merita ciò non pertanto tutta la osservanza, che è dovuta alla legge.* Quidem per quam durum est, sed ita lex scripta est. L. 12, §. 1. D. Qui, et a quib. manumiss.

Nota II.

La sentenza siegue la opinione oggidì più comune, ma non unica, in Francia, che le sostituzioni involgano nella lor nullità anche le disposizioni principali, cui sono appiccate. Ma le più comuni opinioni non sono sempre le più probabili e le vere. Le difficoltà della cennata opinione, spezialmente dopo le Leggi Civ. che l'han proscritta con un articolo espresso, si posson leggere nella nostra difesa del Marchese D. Niccola Folgori. Non è inutile pertanto ripeter quì quello, che va alla radice della cosa. Qual è, domandiamo, il nome legale della *disposizione*, di cui parla l'articolo 896, colle parole inserite nella sentenza? Si potrà mai rispondere altrimenti, che colle parole dell' art. 941 delle dette nostre LL. Civili? cioè, che *qualunque disposizione, colla quale il donatario, l' erede istituito o il legatario è grava-*

 to

to, con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona, sarà detta SOSTITUZIONE FEDECOMMESSARIA. Quì la legge definisce; e le definizioni sono state appunto inventate per isbandire gli equivoci. Or se l'articolo 896 non parla, se non di sostituzione, come mai contra sì chiaro tenor letterale, vi si confonde la donazione, la istituzione, il legato? Come mai dalla disposizione accessoria si trapassa alla principale? Ecco come si può cadere ne' più palpabili errori, seguendo una opinione, soltanto perchè comune!

Il grande argomento, che altrimenti le parole, *anche per rispetto al donatario, all'erede, al legatario*, sarebbero oziose, oltre tutto quello, che si è detto nella nostra difesa, nulla pruova per una nuova osservazione, che aggiunghiamo. Sarebbesi potuto dubitare, che non valendo la sostituzione pel sostituto, si dovesse caducare a benefizio dell' erede legittimo; nel qual caso sarebbe la sostituzione restata operativa contra il gravato. La legge francese ha voluto rimuovere questo dubbio; ed ha detto lo stesso, che la legge romana, dove questa ha disposto, che il gravato ritiene egli la cosa, se manchi a chi restituirla. Così si verifica, che la sostituzione sia nulla, cioè sia come non iscritta, e per rispetto al sostituito, e per rispetto al gravato. *Si*

Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea restituat Mævio, Mæviusque fuerit mortuus; Titii commodo cedit, non heredis, nisi dumtaxat si ut ministrum Titium elegerit. Idem est, si ponas usumfructum legatum. Così MARCELLO nella L. 17, *De legatis*, II. *Si a filio herede legatum sit Sejo, fideique ejus commissum fuerit sub conditione, ut Titio daret, et Titius pendente conditione decesserit; fideicommissum deficiens apud Sejum manet, non ad filium heredem pertinet, quia in fideicommissis potiorem causam habere eum, cujus fides electa sit, Senatus voluit.* Così ULPIANO, seguendo l'autorità di GIULIANO, nella L. 60, *D. De leg.* II. *A te, Petroni, peto, uti ea duo millia solidorum reddas collegio cujusdam templi. Quaesitum est, cum id collegium postea dissolutum sit, utrum legatum ad Petronium pertineat, an vero apud heredem remanere debeat. Respondit, Petronium jure petere; utique si per eum non stetit parere defuncti voluntati.* Così SCEVOLA nella L. 38, §. 6, del terzo *De legatis*. Or se SCEVOLA, ULPIANO, GIULIANO, MARCELLO, il SENATO non istimarono oziosa cosa il ricercare, se dovesse cedere a benefizio dell' erede o del gravato il fedecommesso ordinato inutilmente; se i compilatori del diritto Giustinianeo ci hanno in

 tanti

tanti ed altri luoghi lasciata la risoluzione di tal dubbio; saran riprensibili i compilatori del diritto francese per avercene data la risoluzione in cinque parole?

Le parole dunque dell'articolo 896 sono chiare nel nostro senso; ed è veramente da stupire, come si sia potuto vedere in loro il senso opposto; senso non solo *duro*, come dice la stessa nostra sentenza (III, 2), ma irragionevole, ma iniquo, come con franchezza ci è lecito dire, dopo averlo il nostro novissimo diritto patrio proscritto (Nota IX); e distruttivo di una delle più salde ed estese regole del diritto, cioè che le utili cose non sono dalle inutili viziate. E lo stupore cresce a dismisura al vedersi sostenuto tal senso nel perfetto silenzio de' compilatori del Codice Civile, tra' quali non sarebbe passato senza dibattimento o giustificazione, se il loro intendimento fosse stato quello, che si suppone.

La regola, che l'inutile non distrugge l'utile, oltre l'essere di ragion naturale, è di diritto civile e canonico, è anche del diritto francese dello stesso Codice Civile; e domina così nella materia delle convenzioni, come in quella delle ultime volontà. Lungo sarebbe, se volessimo addurre tutti i luoghi del diritto civile, ne'quali tal regola è insegnata o praticata. Basterà accen-

cennarne in piè di pagina i principali (1). Il diritto canonico l'ha inclusa nel titolo appunto delle regole: *Utile non debet per inutile vitiari* (2). Il Codice francese dà *per non iscritte le condizioni impossibili, e quelle, che sono contrarie alle leggi o al buon costume, in qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà* (3); sicchè il loro difetto non si comunica al resto. Nelle donazioni, le quali non posson comprendere, se non beni presenti, spiega, che se l'atto ne contenga futuri, sarà egli nullo solamente in quanto a questi (4). Ed in ciò il Codice Civile ha

 me-

(1) *L. Stipulatio*, §. *Sed si mihi* 5, *D. De verbor. obligationibus — L. unic. C. De rei uxor. actione, princip. vers. Rei uxoriæ* — CUJACIUS *ad cit. L. unic. Tom. IX, col.* 490, *litt. B, C, D, editt. neapp. — Idem, ad L. Sancimus* 34, *C. De donat. Tom. cit. col.* 1341, *lit. E, et* 1342, *lit. A — Idem in notis ad* §. *Sed si mihi*, 5, *L.* 1, *D. De V. O. Tom. X, col.* 525. — DONELLUS *ad cit.* §. *Sed si mihi, L.* 1, *D. De V. O. Num. XIV.*

(2) *Cap.* 37, *De reg. juris, in VI.*

(3) Art. 900. LL. CC. 816.

(4) Art. 943. LL. CC. 867.

meglio amato derogare alla ordinanza di Francia del 1731, che dichiarava al tutto nulle le donazioni tra vivi, contenenti oltre i presenti, anche beni futuri (1); che mancare ad una regola sì ampia, e con tanta concordia ricevuta, come son per ordinario quelle, che hanno il lor fondamento nella ragion naturale. Circostanza, che sola bastava a dover far rigettare un senso, che la violava (2), lasciando gli altri difetti di questo senso. *Illa interpretatio, quam ratio naturalis abhorret, est fugienda*, dicono i nostri del foro (3). Ed un altro, il cui nome alto risuona, dovunque la ragione e le lettere sono in onore, diceva: *Non audet lex, quod ratio negat naturalis* (4). E ciò intorno al vero senso dell'articolo 896 per se stesso considerato. Ma se fosse egli dubbioso? Vedremo appresso, che ne sarebbe da dire (Not. IX e XIV).

PA-

(1) Art. 15. Erano eccettuate le donazioni a contemplazione di matrimonio. Art. 17 e 18.

(2) *Pufendorff*, *Droit de la nature et des gens. Liv.* V, *chap.* XII, §. 22 — *Vattel*, *Droit des gens. Liv.* II, *chap.* XVII, § 294.

(3) *Mantica*, *De tacit. et ambig. convent. Lib.* I, *tit.* XVII, n. 9.

(4) *Cic. III De officiis.*

PAROLE DELLA SENTENZA.

IV. 1. *Considerando nel fatto, che la controvertita sostituzion pupillare sia commista con una sostituzione fedecommessaria, da cui dipende; e sia susseguita da un perpetuo fedecommesso, in cui va a terminare.*

NOTA III.

La fedecommessaria, da cui si dice la nostra pupillare dipendere, non esiste; e quella, ch' esiste, cioè quella, in cui va a terminare, è innocente. Sarà più appresso dimostrato.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *E che ciò si raccolga dalle parole istesse del testatore; il quale si esprime nel seguente modo:* E quando avvenisse il caso, che non esistessero nè figli, nè figlie da me procreati dal presente matrimonio (A); o che morissero *in pupillari ætate ab intestato* (B); istituisco la Marchesa Donna Marianna mia dilettissima moglie, guardando però il letto vedovile, erede usufruttuaria di tutti li miei beni, che

per qualsivoglia titolo, o ragione, a me si appartengono, o possono appartenere (C); dopo la morte della quale, o nel caso che la medesima passasse a seconde nozze, voglio che in detta mia eredità e beni, succeda e debba succedere il mio fratello Capitano D. Niccola Folgori (D), e suoi figli e discendenti maschi, legittimi e naturali, da primogenito in primogenito, *in perpetuum et in infinitum.*

NOTA IV.

Analisi di tutto il trascritto luogo. Fino alla lettera A abbiamo una semplice vulgare. Dalla lettera A alla lettera B abbiamo una pupillare espressa. Da B al C abbiamo una chiamata della Marchesa, vedova e madre rispettivamente, nel solo usofrutto, e ciò in due casi, o di non esistenza di figli, o di loro morte in età pupillare, ossia nel doppio caso della vulgare e della pupillare. Nello stesso doppio caso abbiamo la chiamata del fratello del testatore, in proprietà, chiamata parallela a quella dell'usofrutto. Le parole *dopo la morte della quale* non importano sostituzione di D. Niccola alla Marchesa. Egli è infatti ricevuto nell'antica giurisprudenza, al dir del VINNIO, che *mortis tempus adjectum non est ad infrin-*

fringendam institutionem, sed ne heres interim turbet uxorem in usufructu (1). La giurisprudenza moderna concorre in ciò pienamente, ma per un' altra via, cioè per quella, onde si allontanano tutti i fedecommessi interpretativi, e che non sieno letteralissimi, affin di non pregiudicare alla disposizion principale. Si vegga la difesa del nostro Marchese di Ducenta dalla pag. 51 §. 7, sino alla 58. Nel caso spezialmente della proprietà lasciata *dopo la morte del fruttuario*, è dottrina ricevuta in Francia, che l'usofrutto sia il formale. Ivi pag. 68. Nel caso della disposizione di una tal vedova Briant, la quale lasciò alla Sig. Lebon il godimento d' un suo contratto di lire 320 di rendita, sua vita durante; e *dopo la morte di lei*, alla Sig. Paisin; e dipoi al Sig. Dumas in piena proprietà; il tribunale della Senna giudicò, come il nostro nella presente sentenza, fondandosi sulle parole *dopo la morte*. Ma la corte di appello di Parigi, addì 26 di marzo 1813, rivocò la sentenza pel contrario motivo (2). Per ultimo dalla lettera D al fine si legge un fedecommesso perpetuo,

 che

(1) *Ad Institut. De hered. instit.* §. 10, *N.* 7.
(2) Sirey. *Tom. XIII, P. II, pag.* 360.

che siegue la pupillare; l'unico fedecommesso, che ci si possa opporre, ma del quale vedremo più giù la innocenza. E questa è una delle vie, onde schivare quel fedecommesso gratuito, da cui si dice dipendere la nostra pupillare. Ce n'è un' altra, ed è la seguente.

Suppongasi la Marchesa sostituita in piena proprietà al figliuolo, e riguardiamo in lei la persona pienamente sostituita al pupillo. Il testatore volle, che morendo ella, o passando a seconde nozze, succedesse il fratello, cognato di lei. Ma la morte o il secondo matrimonio della vedova poteva avvenire e *avanti* e *dopo* la morte del figlio. Avvenendo *avanti*, il cognato sarebbe succeduto al pupillo, non alla madre; e la sostituzione sarebbe stata vulgare. Avvenendo *dipoi*, il cognato sarebbe succeduto a lei per fedecommesso. Il tenore della disposizione è riferibile egualmente tanto al primo, quanto al secondo caso, nè alcun de' due vi è fondato più o meno dell'altro; ma il successo ha dato luogo al primo caso, non al secondo. Ora tra due sensi, de' quali l'uno salva la disposizione, l'altro la pone in pericolo; l'uno corrisponde al fatto, l'altro ha soltanto e per certo tempo avuto una possibilità, che poi è svanita; come mai si può scegliere il secondo, sen-

za

za offendere le principali regole della interpretazione e del novello diritto e dell' antico? Sia che il testatore con volontà *antecedente* avesse uniti i due sensi; dovendosi presumere, che ciascuno stia a quello, che non incorre nel divieto della legge, e che non mette a pericolo la sua disposizione, è forza dire, che la volontà presuntiva e *conseguente* dello stesso disponente sia nel senso della vulgare, e non della fedecommessaria sostituzione.

Parole della sentenza.

V. 1. *Considerando, che sia visibile da per se stessa la sostituzione fedecommessaria, in cui è commista, o per meglio dire, è tacitamente sottintesa la vantata sostituzion pupillare; perchè D. Niccola Folgori è chiamato a raccogliere l'eredità non dalle mani del pupillo, ma della vedova Marchesa di Ducenta, la quale è la vera sostituta pupillare.*

Nota V.

Domandiamo perdono: è visibile il contrario. D. Niccola Folgori sarebbe *chiamato a raccogliere la eredità, non dalle mani del pupillo, ma della vedova*

dova Marchesa di Ducentà; se il testatore avesse detto, che morendo o rimaritandosi la Marchesa DOPO LA MORTE DEL PUPILLO, succedesse D. Niccola. Ma dove son mai le parole, *dopo la morte del pupillo*, se non nella immaginazione del lettore, che così interpreti? Or non lice interpretare le volontà dei disponenti in modo da distruggerle. Più. La Marchesa *è la vera sostituta pupillare*. Sì, se l'usofrutto della vedova si volga in proprietà; cosa doppiamente opposta alle regole interpretative, come abbiamo testè veduto. È opposta a quelle regole, che determinano i lasciti, che alle vedove si fanno. È opposta a quella regola, che nel nostro caso si cumula alle prime; quella cioè, che vuole la salvezza dello atto, sempre che si offra una via da salvarlo.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che non vaglia il dire, che il testatore abbia lasciato alla moglie superstite il solo usufrutto; e che il sostituto pupillare in quanto alla proprietà sia stato fin dal principio il medesimo D. Niccola Folgori; perchè nol consente la chiamata, che il testatore fa e* di esso Folgori suo fratello, e de' suoi figli, e discendenti maschi in infinitum. *Circostan-*

za, che fa divenire incerta la persona del sostituto, e la fa dipendere dalla condizione di trovarsi superstite al tempo della morte, o del passaggio a seconde nozze della pretesa usufruttuaria; e rende quindi impossibile, che il diritto del proprietario risalga a far parte direttamente della sostituzion pupillare.

NOTA VI.

Con tutto il rispetto alla sentenza, non intendiamo, come non si possa trovare il sostituto pupillare nella chiamata *di D. Niccola Folgori e de' suoi figli discendenti mascoli in infinito.* Sarebbe *incerto*, si dice, il pupillar sostituto. In primo luogo la persona di D. Niccola era sempre ed assolutamente *certa.* E la causa è appunto sulla persona di D. Niccola.

In secondo luogo le persone *de' suoi figli e discendenti mascoli* in infinitum, *di primogenito in primogenito* (come appresso si spiega), non sono neppure esse incerte, sì perchè *ex certo personarum genere aut ordine*; sì perchè dal futuro evento sarebbero divenute certe anche individualmente. GIUSTINIANO corresse il diritto antico nella parte delle

 per

persone incerte, cui prima non si potevan lasciare nè eredità, nè legati, nè fedecommessi; e ciò con una costituzione, che ci manca, e di cui abbiamo un cenno nelle Istituzioni (1). Da tal cenno però apparisce, al dir del VINNIO, *hoc eum sua constitutione cavisse, ut incertitudo personae, cui quid legatum est, non amplius vitiet legatum, si ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu, certitudo aliqua apparere possit* (2). N' eccettua il lodato autore il caso soltanto, che la certezza cadesse sopra persona malveduta dal testatore, della quale si potesse presumere, non avere egli voluto il bene.

Ma in fatto di sostituzion pupillare abbiamo una particolar disposizione dello stesso diritto antico, la quale nella sua maggior latitudine contiene il nostro caso. È la legge XVII, *D. De vulg. et pupil. substitut. Substitui liberis is etiam potest, qui post mortem eius natus fuerit, cui substitutus heres fuerit.* La sostituzione precedeva certamente la morte del pupillo. Quindi il non nato alla morte del pupillo, molto meno poteva esser nato al tempo del testamen-

(1) §. 27, *De legatis.*
(2) *Ad cit. §.*

mento; e molto meno poteva esser noto e certo al testatore. Nondimeno ci si fa sapere, che poteva esser sostituito. Tal che il GOVEANO sul recato testo nota quasi con maraviglia: *De quo major dubitatio est, qui ne vivo quidem pupillo in ea causa futurus est, ut heres institui possit* (1). Imperciocchè nel diritto antico il postumo non poteva essere scritto erede.

Ora parlando de' figliuoli e discendenti di D. Niccola, o si tratta de' già nati al tempo del Marchese D. Ferdinando testatore, e quindi eran persone certissime; o si tratta de' nascituri, e questi secondo il testo di POMPONIO ora allegato, potevano esser pupillarmente sostituiti, ancorchè la loro nascita fosse per verificarsi dopo morto il pupillo.

In fine aggirandosi la causa intorno alla persona di D. Niccola, è una disputa tutta soverchia quella della incertezza de'suoi discendenti, perciocchè è stato ed è egli persona *certa*, nata, e conosciuta, non solo dopo la morte del pupillo, ma inoltre al tempo di quella, ed al tempo altresì della ordinata sostituzione, ossia del fatto testamento. Il che ci basterebbe, ancorchè per una ipotesi già confutata, i

B 9 suoi

(1) *Ad dict. L. XVII.*

suoi figliuoli non avesser potuto esser sostituiti al pupillo, *quia utile per inutile non vitiatur.*

Che se mai la sentenza abbia inteso dire, che fosse incerta la persona del sostituto, essendo incerto, qual si trovasse superstite alla morte del pupillo, se il zio, o alcuno e quale de' suoi figliuoli; questo argomento proverebbe troppo, contrariando tutte le sostituzioni vulgari, le quali si sono appunto inventate per la incertezza del succedere di qualunque da noi voluta persona. Ogni sostituzione, compresa la pupillare, porta seco la incertezza del suo successo, essendo ogni sostituzione condizionale. Bastava per diritto romano, che il sostituto venisse in qualunque tempo, per retrotrarsi al tempo dell' aperta sostituzione. Nel nostro caso non ci è bisogno di retrotrazione, essendosi il sostituto trovato in essere al tempo della morte del pupillo, come lo era stato al tempo del fatto testamento. Sicchè nel nostro caso non ci è stata mai la supposta incertezza dell' erede proprietario, nè la proprietà è stata sospesa neppure per un momento.

PA-

PAROLE DELLA SENTENZA.

3. *E che in conseguenza di ciò, se da una banda è incerta la persona del proprietario, e se dalla altra è un assioma di diritto, che la proprietà non può stare sospesa; sia chiara egualmente, che necessaria, la conseguenza, che ne deriva, di essersi data cioè la proprietà alla vedova del testatore insieme coll'usufrutto, e che la chiamata di D. Niccola Folgori a'termini della nota legge* Species auri et argenti, 15, D. De aur. argent. mundo legatis, *debba supporsi graduale, e quindi fedecommessaria; come il testatore istesso l'ha caratterizzata, quando dice in altro luogo del suo testamento:* E facendosi il caso del fedecommesso ordinato a beneficio di detto D. Niccola, e de' suoi discendenti.

NOTA VII.

Alla prima parte di questa considerazione è stato con prevenzione risposto nella nota precedente. Il caso della legge, *Species auri et argenti*, è di gran lunga diverso dal nostro. Le parole della legge sono: *Species auri et argenti Seiae legavit (testator), et ab ea petiit in haec verba: A te Seia, peto, ut*

QUIDQUID TIBI SPECIALITER IN AURO, ARGENTO LEGAVI, ID, CUM MORIERIS, REDDAS, RESTITUAS ILLI ET ILLI VERNIS MEIS; QUARUM RERUM USUSFRUCTUS, DUM VIVES, TIBI SUFFICIET. Quaesitum est, an ususfructus auri et argenti solus legatariae debeatur? Respondit, verbis, quae praeponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommissi (1) Le differenze tra questo caso e 'l nostro sono ben molte.

1. Il legato fatto a Seja comincia dalla cosa, dalla proprietà, e indi si restrigne all'usofrutto. *Species auri et argenti legavit.* È questa la principal ragione, che del responso di SCEVOLA danno gl' interpreti. *Qui legat rem, videtur legare proprietatem; et adiectio, ut habeat usumfructum, non facit aliud legatum videri.* Così BARTOLO sulla trascritta legge. *Cum res legatur, licet fiat ususfructus mentio, videtur tamen proprietas legata.* Così il CUJACIO sulla medesima (2). La chiamata della Marchesa di Ducenta comincia ristrettamente coll' usofrutto. *Istituisco la Marchesa . . . . erede usufruttuaria di tutti i miei*

---

(1) *L.* 15, *D. De auro, argento, mundo etc. legato.*

(2) *Tom. VII, col.* 388, *editt. neap.*

i miei beni. Non potendo la proprietà restare sospesa, come ben dice la sentenza, è forza inferire, che cominciando l' usofrutto dalla Marchesa, cominciasse la proprietà a risedere nella persona del cognato.

2. Il testatore di SCEVOLA chiese a Seja, che restituisse il ricevuto al tale ed al tale ec. suoi servi nati in casa, *quidquid legavi reddas, restituas*. Se la proprietà dovevano i servi riceverla da Seja, dunque doveva Seja averla prima avuta. Questa circostanza del passaggio da persona a persona è la principale avvertenza, per la quale nella legge ultima *D. De usufr. ear. rer. quae usu consumuntur*, gl' Imperadori SEVERO ed ANTONINO truovan la proprietà sotto il nome di *uso*. *Cum pecunia erat relicta Titio, ita ut post mortem legatarii ad Maevium rediret, quamquam adscriptum sit, ut usum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam, et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius; Divi SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt*. Ora nel nostro caso dove mai è detto, che D. Niccola ricevesse dalla cognata? *Voglio, che in detta mia eredità succeda e debba succedere il mio fratello D. Niccola*. Queste parole escludono ogni mediazione.

3. Ol-

3. Oltre le differenze, che sono fra le parole, quelle, che passano fra cosa e cosa, sono anche grandissime. A Seja erano stati lasciati de' pezzi d' oro e di argento; cosa, la cui proprietà a chi che fosse si conveniva. Ma dove mai i nostri usi han comportato, che ad una moglie, comunque amata e rispettata, si lasciasse la proprietà di un intero ed amplissimo patrimonio? Talchè il titolo anche di *domina e padrona* usato darsi in Italia alle vedove, si è risoluto *ab antiquo* in quello di usofruttuaria de' beni. Pruova di ciò la famosa così detta *consuetudine* di Bulgaro. E in fatti, se i mezzi non debbono essere da più del fine, di qual giovamento esser può ad una vedova la proprietà di un patrimonio, che non dee restare a lei, quando il fine del lascito è il semplice godimento di lei durante la vita? Quindi vedemmo pocanzi nel Vinnio, che anche oltremonti così si praticava; e che la menzione della morte della moglie, facendosi principiar da quella la chiamata del terzo, si è avuta comunemente come semplice cautela, perchè il proprietario in niuna guisa turbasse il libero godimento della vedova. E che non più abbia il nostro testatore inteso, si vede da più altri luoghi. Ei vieta rigorosamente al fratello ed a' suoi discen-

den-

denti di chieder conto alla Marchesa. Ei dirigge il divieto di alienare a' medesimi, non alla moglie. Egli in fine, dove vuole, che la moglie abbia proprietà e debba restituirla, come de' mobili, degli argenti, delle gioje, de' cavalli, delle carrozze; lo spiega.

4. Un' altra differenza reale è finalmente fra lo spirito del vecchio diritto e del nuovo. I fedecommessi potevano essere conghietturali, quando il diritto gli favoriva, ma non oggi, che sono abborriti; *debbono oggi le condizioni, che gli caratterizzano . . . . . essere letteralmente espresse nell'atto*, come dietro il Merlin, il Grenier, il Toullier, e l'uso di giudicare in Francia, si esprime il Signor Villargues nella sua opera *Delle sostituzioni proibite*. Difesa del Marchese D. Niccola, pag. 54 e segg. La interpretazione affermativa era prima conforme alle regole del diritto, perchè tendente a salvare la volontà; oggidì, non servendo interpretazion siffatta, se non a distrugger la volontà, come appunto la sentenza ha inteso fare, la interpretazione analoga alle regole non altra è, che la negativa. Per tutte queste ragioni la *L.* 15, *De auro et argento legato* non ha che fare con noi.

Pa-

PAROLE DELLA SENTENZA.

VI. 1. *Considerando, ch' egli sia vero, come già si è detto, che in questa fedecommessaria espressa si contenga la pupillare tacita, perchè D. Nicola Folgori, invitato a succedere per virtù di fedecommesso, quando la vedova Marchesa di Ducenta abbia già raccolta la eredità del figliuolo morto in età pupillare; può qualora costui sia sopravvissuto, intendersi direttamente* per vulgarem *sostituito pupillarmente a succedergli in luogo della predefunta madre; ma non sia men vero d' altronde, che nasca questa tacita pupillare da radice infetta, e sia perciò nulla fin dalla sua origine, perchè mancando il principio, non può sorgerne la conseguenza, e tolta la causa, cessa l' effetto.*

NOTA VIII.

Fedecommessaria espressa, come si è veduto, dalla vedova al cognato non esiste.

La pretesa conghietturale è senza fondamento per diritto antico; non è ammessa dal nuovo.

La pupillare è non già tacita, ma espressa. *Morendo in età pupillare i miei figli* ecc. E non ha pun-

punto radice infetta, perchè non dipendente da verun fedecommesso.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *E che non meni ad alcuna conseguenza l'essersi verificato il caso della pupillare tacita, e non del fedecommesso; e ciò in un tempo, in cui la viziosità della sostituzione fedecommessaria non oltrepassa i limiti della sostituzione istessa. Dappoichè in primo luogo la nullità deve calcolarsi secondo il tempo della morte del testatore; nè quella disposizione, che allora come infetta, o dipendente da fedecommesso, si trovò in opposizione colla legge, che la pose nel nulla, ha potuto in appresso riprendere il suo vigore.*

NOTA IX.

In difesa della nostra pupillare, e per allontanare sempre più la nullità, che si voleva far ridondare sulla medesima dalla pretesa sostituzione fedecommessaria di D. Niccola Folgori alla cognata, si era detto fra le altre cose, che il caso verificato era della pupillare, non della detta fedecommessaria; ed era-

erasi verificato dopo le Leggi Civili, che dichiarano la nullità delle sostituzioni fedecommessarie non estendersi alla disposizion principale. Queste due ragioni son prese di mira colla presente considerazione. Ma sembra, che nulla della lor forza abbiano elle perduto.

Se la Marchesa di Ducenta fosse morta dopo il figliuolo, e l'attual Marchese avesse preteso di succedere a lei, allora si sarebbe dovuto aggravar la mano sulla fedecommessaria, necessaria ad operar tal passaggio. Ma essendo morto il figliuolo dopo la madre, e avendo il zio domandato di succedere al nipote, è un tratto d'irregolare interpretazione quello di porre in mezzo una fedecommessaria gratuita, per infettare del suo veleno la innocua pupillare. Questo si volle dire colla prima ragione.

La seconda è altresì potentissima. Le Leggi Civili han detto: *La nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, della istituzione o del legato, cui è aggiunta*. Art. 943. Questo articolo è puramente declaratorio. Le leggi declaratorie si retrotraggono, e vanno applicate *ad praeterita*, (1). E la leg-

(1) *Lex et constitutio promulgata respicit praete-*

legge è declaratoria sempre, che sia preceduta da un dubbio, al cui scioglimento si possa riferire; ancorchè non concepita in forma dichiarativa, ed ancorchè non mentovata la precedente legge, dalla quale il dubbio era nato (1).

Che tale fosse, cioè declaratorio l'art. 943 delle Leggi Civili, è manifesto da che il senso dell'articolo 896 del Codice Civile era dibattuto; come colla testimonianza del Signor CHABOT DE L'ALLIER, si era dimostrato nella difesa della sostituzion pupillare, e i tribunali di Francia non avean sempre deciso ad un modo (Pag. 42 a 47). Nè punto rileva, che la più parte de' giudicati fosse stata pel senso duro, poichè a trarre del dubbio una opinione, ed a stabi-

terita, si est juris antiqui declaratoria. MENOCHIUS, *De arbitrariis judicum, cas.* 185, *num.* 26 — *Adde Card.* DE LUCA, *De emphyteus. Disc.* XLVI, *n.* 2 *et* 3 — SIREY, *Rêcueil ec. Tom.* XV, *part.* I, *pag.* 377 *à* 379 — *Tom.* XVI, *part.* I, *pag.* 81 *à* 93, *et pag.* 141 — Decisione della G. C. Civile di Napoli de' 26 Gennajo 1820 tra il Principe di Angri e la Duchessa di Massanova.

(1) Si veggano le autorità testè allegate.

bilirla in massima certa, si richiede *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* (1); nè i molti giudicati bastano contraddetti da pochi (2). Inoltre la dichiarazione non è odiosa, come la correzione (3); anzi è sommamente favorabile, allorchè ritira le cose verso i principj del diritto comune (4). Ed in grazia di tal principio, se anche la legge intermedia fosse stata correttoria del diritto comune, e nel rivocarla si sia creduto emendare un errore, la legge ultima produce il suo effetto anche sul tempo passato, in cui ha campeggiato l'errore (5).

L'articolo dunque 943 delle LL. CC. è innegabilmente declaratorio dell'art. 896 del C. C. E per tale l'ha qualificato la nostra Corte Suprema, nell'arre-

(1) *L.* 38, *D. De Leg.*

(2) *Card.* DE LUCA *loc. sup. cit.*

(3) ANT. FABER *de erroribus Pragmaticorum. Decad.* VIII, *err.* 8, *num.* 4 — SCIPIO GENTILIS *de conjurationibus*, *lib.* 1, *tom.* V *Oper. Pag.* 85. *Neap.* 1766.

(4) ALEXANDER VI *Consil.* 227, *num.* 12.

(5) SIREY, *Recueil. ect. tom.* XIII, *part.* I, *pag.* 88.

resto tra Manti e Manti, del 1820, con queste parole: *Questa dichiarazione* (cioè l' art. 943) *del certo è una interpretazione dell' art.* 896 *del Cod. Civ. E perciò ha forza retroattiva, come se fosse del tempo dello stesso Cod. Civile.*

In fine tanto più si doveva giudicare del nostro testamento coll' art. 943 delle LL. CC. e non colla interpretazione proscritta dell' art. 896 del Codice Civile, quanto che quel testamento era stato celebrato sotto il diritto romano, e non se gli poteva senza nuova durezza estender la dura interpretazione del diritto intermedio. La pretesa comunicazione della nullità dalla sostituzione alla disposizion principale non era altra cosa, che una pena; e la pena non potendo riguardare i contemplati, i quali non avevan colpa nei testamenti, non era da riferirsi, se non che ai testatori refrattarj. In fatti i testamenti annullati in Francia pel vizio della sostituzione, si riguardano nelle loro decisioni, come fatti in disprezzo della legge. Ora di qual disprezzo possono essere stati rei quei testatori, che han testato prima, che la opinione, da cui si desume la lor condanna, nascesse? Anzi prima, che sorgesse la legge, sulla quale dopo qualche tempo quella opinion venne fuori? Nè vale il dire, che avrebbero do-

dovuto quei testatori rifare i lor testamenti dopo venuta la legge nuova; poichè non sempre si può rifare un testamento; e potendosi, la negligenza non merita mai di esser confusa colla baldanza.

Parole della sentenza.

3. *Ed in secondo luogo l' addotto argomento potrebbe avere qualche aspetto di verisimiglianza, se ambedue le sostituzioni si trovassero egualmente espresse, comunque riunite, e comiste tra loro. Ma se la sola espressa è la fedecommessaria; e se questa, come proibita dalla legge imperante al tempo così della morte del testatore, che di quello del pupillo, fu nulla, e seguitò ad essere nulla; non può dirsi al certo, che ne risulti valida, e scevra di nullità la pupillare; perchè dal niente niente si fa, e perchè seccata la fonte, non può scaturirne il rivolo.*

Nota X.

Si è dimostrato che sostituzione fedecommessaria di D. Niccola Folgori alla Marchesa di Ducenta non se ne truovi punto nel testamento del Marchese D. Fer-

D. Ferdinando. O D. Niccola è l'unico sostituto pupillare, se la Marchesa fu semplice usofruttuaria, come si è provato; o è il secondo *per vulgarem*, in difetto della Marchesa. Sia l'una cosa, sia l'altra, la pupillare di D. Niccola non è tacita, ma espressa, espressissima, perchè la sua chiamata si fa dipendere dalla condizione espressa: *Morendo* i *miei figli in pupillare età* ab intestato. Qual altra è la caratteristica della pupillare, che la circostanza della morte del figliuol pupillo? e qual altra è la frase, con cui la veggiamo ordinata in tutti i testamenti del regno, che la contengono, e nel testo finanche delle Istituzioni? *Morendo i miei figli in pupillare età, dopo la morte, o le seconde nozze della madre, succeda mio fratello.* Questa è la formola, in cui si vengono a risolvere le parole del nostro testatore. *Si filius priusquam in suam tutelam venerit, decesserit, heres esto Cajus.* Questa è la formola solenne insegnata da GIUSTINIANO (1).

PA-

(1) *Instit. Princ. De pupill. subst.*

PAROLE DELLA SENTENZA.

VII. 1. *Considerando, che la pretesa sostituzion pupillare, nata da una sostituzione fedecommessaria, vada poi a connettersi con un fedecommesso primogeniale, che abbraccia molte linee, e molte chiamate, e si estende* in infinitum *sino all' ultimo rampollo della famiglia Folgori,*

NOTA XI.

Il majorasco imposto a D. Nicola, che si congiunge alla pupillare scritta in suo pro, è l'unico fedecommesso vero del testamento del fratello Marchese D. Ferdinando. La sua nullità pertanto non esce fuor de' suoi limiti, e non offende la pupillare, da cui dipende. Le ragioni son più. La prima, perchè si tratta di testamento scritto prima del Codice Civile: e questa ragione si truova sviluppata nella nota IX, in fine. La seconda, perchè il senso vero dell' articolo 896 è ristretto alla sola sostituzione: e questa è stata trattata nella nota II. La terza, perchè, se dubbioso, le nostre LL. CC. l'han dichiarato, restringendolo alla sola sostituzione: e questa è stata trattata nella detta nota IX. La quarta, perchè il ma-

majorasco imposto dall'un fratello all'altro, ci mena all'articolo 1050 del Cod. Civ., sfuggendo l'articolo 896: e questa sarà trattata nella nota XIV.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che a schivar questo secondo colpo di nullità s' invochi invano il soccorso degli articoli* 1048 *e* 1050 *dell' abolito Codice Civile, da' quali si desume, che si tratti di sostituzione fedecommessaria disposta a pro de' figli del fratello, la quale sebbene a rigor di legge non sia altrimenti valida, che quando riguardi il favor di tutti i figli, senza predilezione alcuna di età, o di sesso; non di meno questa sua nullità non si communichi alla istituzione, o al legato, a cui si è annessa. Imperciocchè questo argomento, a prescindere che poggia su di base non solida, resta annientato nel suo nascere da una osservazione di fatto, cioè, che uno in sostanza è il fedecommesso, di cui si ragiona, abbenchè in apparenza si presenti sotto il doppio aspetto prima di sostituzione pupillare, e di poi di un fedecommesso primogeniale.*

No-

Nota XII.

Vedremo più sotto il senso giusto dell' articolo 1050, quando la sentenza passa a discuterlo. L' osservazione di fatto, che si accenna, si è, che non si tratta di due cose, cioè di sostituzion pupillare, e di fedecommesso primogeniale perpetuo ad essa appiccato, ma unicamente di tal fedecommesso. Siegue immediatamente lo sviluppo, secondo la sentenza, di tale osservazione.

Parole della sentenza.

3. *E che uno in realtà sia il fedecommesso, sia facile il raccoglierlo dalle parole del testatore, le quali di sopra si sono trascritte; giacchè egli, prevedendo il caso della morte della moglie, o il passaggio di lei a seconde nozze, dice (e convien ripeterlo)*: Voglio, che in detta mia eredità e beni succeda e debba succedere il mio fratello Capitano D. Niccola Folgori, e suoi figli e discendenti maschi, legittimi e naturali, da primogenito in primogenito, *in perpetuum et in infinitum. Or se questa chiamata è disposta non a vantaggio del solo D. Niccola Folgori, ma dell' intera sua discendenza, è dun-*

dunque chiaro, che la sostituzione pupillare non si può concepire separatamente dal fedecommesso primogeniale; e che uno sia in sostanza il fedecommesso, che nel suo contesto congiunge la linea mascolina di D. Nicola Folgori col pupillo Marchesino di Ducenta, o colla vedova di lui madre; fedecommesso, a cui mal si convengono le particolari vedute di una sostituzione scritta a pro de' figliuoli del figlio o del fratello.

NOTA XIII.

Pruova, che la chiamata di D. Niccola e de'suoi discendenti formi un *quid unum*, nel quale non si possa distinguere sostituzion pupillare di D. Niccola, e fedecommessaria de' suoi discendenti, o non se ne dà nessuna nelle trascritte parole della sentenza, o tutta è riposta in ciò, che *la sostituzion pupillare non si può concepire separatamente dal fedecommesso primogeniale.* Ma questa ragione, ci si permetta, non regge punto. Che il fedecommessò ordinato dal Marchese D. Ferdinando non potesse reggere senza la sostituzion pupillare (parliamo, prescindendo dalla abolizione de'fedecommessi); è vero, perchè l'accessorio non può stare senza il principale. La chiama-

mata di D. Niccola è quella, che poteva e doveva servire di fondamento alle restituzioni da farsi da lui, e dagli altri dipendenti da lui. Non ci è secondo e terzo ec. senza un primo. Non ci è gravame senza lascito. *Non onero quem non honoro*. Ma la chiamata di D. Niccola poteva star bene senza il majorasco ingiuntogli, come ci può essere lascito senza gravame, e primo senza secondo, vale a dire unico. Or la chiamata di D. Niccola è per sostituzion pupillare. Dunque la nostra pupillare non dipende dal fedecommesso, che l'è annesso. Regge ella il fedecommesso, ma non è retta da esso. A senso della sentenza la Marchesa di Ducenta fu la sostituta pupillare. Ma aveva quella dama alcun legame colla famiglia gratificata del majorasco? Dunque son cose distinte, diverse e separabili la nostra sostituzion pupillare e 'l majorasco, che la segue; separabili in questo senso, che la pupillare rimàn salda nella separazione, il majorasco svanisce.

La separabilità di queste due cose l'abbiam dimostrata per la loro natura. Dimostriamola per la legge e per la volontà del testatore. Per la legge rammentisi quel, che si è detto nella nota seconda. Se il gravato non abbia a cui restituire, il gravame cessa, la restituzione non si fa. Più. *Heredes aut insti-*

stituti dicuntur; aut substituti; instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio (1). Dunque la nullità del gravame nulla ha di comune colla nullità o validità del lascito. Dunque il sostituto può mancare, senza mancare l'istituito, potendo esserci primo, come si è detto, senza secondo. Per la volontà del nostro testatore. S' egli ha desiderato, che la sua famiglia prosperasse per sempre; non perchè la legge gli poteva togliere la sicurezza di ciò, togliendo alla sua volontà la perpetuità dell' effetto, si dee supporre, che ne ripudiasse il pensiero anche per la prima età, nella quale aveva il beneplacito della legge. Anzi il suo fin principale fu quel d' impedire, che le sue proprie ed avite fortune trascorressero alla famiglia per lui estranea della moglie; ed a questo fine bastava la chiamata del fratello.

Dilucidiamo vieppiù una cosa per se lucidissima. Ne' fedecommessi graduali, son tanti i fedecommessi, quanti i gradi; tanti i gradi, quante le chiamate e le persone. Le chiamate, che precedono possono stare sempre senza quelle, che seguono; ed alle volte quelle, che seguono, senza quelle, che prece- do-

---

(1) *L.* 1, *D. De vulg. et pupill. substitutione.*

dono. Che le precedenti possano stare senza le seguenti, è chiaro tanto, che il fedecommesso può arrestarsi dove piace al suo istitutore. Che le seguenti possano alle volte star senza le precedenti, è compreso nella dottrina, che la caducazione d'un grado non porta seco quella degli altri. Anzi secondo le varie disposizioni può il padre essere escluso per qualche difetto od ostacolo, e succedere il figliuolo.

Più. Tra la prima chiamata e le ulteriori ci è sempre la gran differenza, che la prima è diretta, le seconde sono oblique. Il primo contemplato di una famiglia, e della prima linea, non può venire regolarmente, che per istituzione, per donazione, per legato; gl'individui della linea vengono per fedecommesso. Così nel nostro caso, D. Niccola fu il primo contemplato; il suo figliuol primogenito doveva essere il secondo; il primogenito del primogenito, il terzo; e così va discorrendo. D. Nicola fu invitato per sostituzion pupillare alla morte del figlinolo del testatore: tutti gli altri per fedecommesso.

Infine se il testamento di D. Ferdinando si fosse fatto sotto le attuali nostre Leggi Civili, e la morte del picciol Marchese di Ducenta avesse preceduta quella del padre; sarebbe forse dubbio, che la istituzione di D. Niccola starebbe salda, ed il majorasco a lui ingiunto

to sarebbe svanito? E se D. Nicola (cui tutti i buoni augurano lunghissima vita) non si fosse trovato alla morte del nipote, allora la prima chiamata, la chiamata diretta, la sostituzion pupillare si sarebbe verificata nel suo primogenito; e le chiamate fedecommessarie sarebbero cominciate seguentemente. Dunque è della perfetta evidenza, che la chiamata di D. Niccola sia cosa distinta e diversa da quelle de'suoi discendenti; e che le difficoltà della causa son sempre le due antiche, se la chiamata cioè del fratello intoppi per se stessa nel divieto della legge, quistione, che viene appresso; e se la nullità delle seconde si comunichi alla prima, ch' è la quistione, alla quale la sentenza ci ha menati colla considerazione, cui abbiamo in questa nota risposto.

Parole della sentenza.

4. *Che giovi poi l'osservare di passaggio, che poco solida, come di già si è accennato, sia la base sulla quale si sostiene, che per la sostituzione scritta a pro de' figliuoli del figlio, o del fratello, la legge abbia raddolcito il suo rigore, pronunziandone la nullità (qualora ecceda i limiti, che le sono stati prescritti) nel solo interesse de' chiamati, sen-*

senza pregiudizio o lesione alcuna dell' erede o del legatario gravato di restituire. Attesochè tutta la forza dell' argomento poggia sul silenzio della legge, che pronunziando la nullità della sopraindicata sostituzione fedecommessaria, o fatta oltre il primo grado, o con predilezione di età o di sesso, nulla soggiunge in quanto alla istituzione dell' erede o al legato. Ma se il Codice Civile aveva fin da principio stabilita la massima, che ogni disposizione, che inducesse gravame di conservare e di restituire, fosse nulla, anche in quanto al gravato, era superfluo, che la ripetesse di nuovo nel caso particolare, di cui trattasi; non essendovi ragione alcuna da fare differenza tra caso e caso, e mettere la legge in opposizione con se stessa.

Nota XIV.

Passa quì la sentenza a volere torci di mano la ragione, che ci si porge dall' art. 1050 del Codice Civile, già da noi chiamato in soccorso, per allontanare sempre più dalla nostra pupillare la nullità, che se le minaccia dallo annessole fedecommesso. Trattandosi, noi dicevamo, non di fedecommesso imposto ad un estraneo, ma dall'un fratello all'altro, sarà

rà nullo tal fedecommesso, poichè eccede i limiti segnati nell'articolo 1049; ma niente ci sarà di peggio, poichè niente di più statuisce l'articolo 1050. La sentenza, come si è veduto, trasporta la pretesa comunicazione del vizio tra la secondaria e la primaria disposizione, dall'articolo 896, dove si parla de' fedecommessi in generale, agli articoli 1048, 1049 e 1050, sede propria del fedecommesso a carico di figliuolo o di fratello, a favore della prole de' gravati.

Così ha pensato nella nostra causa il Tribunal Civile. Ma lo stesso Tribunale avea pensato poco prima all'opposto nella causa del testamento di Pasquale Ferrajolo, tra Jaconangiolo e Jaconangelo. Ivi il testatore aveva scritto: *Lascio* jure legati et particularis institutionis, *li detti ducati* 800 *alla suddetta D. Tommasa mia figlia, con legge espressa però, che debba goderne il frutto solamente, durante la sua vita. E dopo la sua morte debbano cedere in usofrutto e proprietà a benefizio de' figli maschi e femmine, nati e nascituri dalla stessa D. Tommasa*, pro aequali parte et portione; *con facoltà di potér disporre di ducati cinquecento delli detti ducati ottocento, per atto di ultima volontà.* *E NON LASCIANDO FIGLI, NÈ MASCHI, NÈ FEMMINE, DEBBANO ANDARE IN USOFRUTTO E PROPRIETÀ A BENEFIZIO DI VINCENZO FERRAJOLO.*

C L'ul-

L'ultimo tratto contenente una sostituzione anche fedecommessaria, tutta vietata, a benefizio di un terzo, faceva il pericolo della cosa. Il Tribunal nondimeno con sentenza de' 24 di Aprile 1822, seguendo la requisitoria del Pubblico Ministero, rigettò la domanda di chi voleva nulla la disposizion principale per la nulla sostituzione appostavi.

Allo stesso modo aveva deciso la già nostra Corte d'Appello, l'anno 1813, al tempo cioè della più rigida osservanza del Codice Civile, nella causa dei Signori Gervasj, presedendo allora alla seconda sezione, cui la decisione appartiene, il sommo ornamento del nostro foro, che per cagion di onore nominiamo, il Sig. Cavalier Letizia; ed intervenendovi i Signori Uberti, Lopez Fonseca, Cav. di Rosa, Pepe, De Gemmis, e Vollaro, col concorso del Regio Procurator sostituto Masci; uomini tutti, di cui al pubblico è cara la memoria per alcuni, la esistenza per altri. Il ragionamento di quella decisione è tale, che perderebbe sotto la nostra penna. Eccone il tenore:

» Considerando sulla prima quistione, che quan-
» tunque coll' articolo 896 del Codice Civile sia sta-
» bilito, che ogni disposizione, colla quale il dona-
» tario, l'erede istituito, ed il legatario sia grava-

» to

» to di conservare e restituire ad un terzo, sarà nul-
» la anche riguardo al donatario, all' erede istituito
» o al legatario; pure nel seguente articolo 897 si
» spiega, che sono eccettuati dai due paragrafi del-
» lo articolo precedente le disposizioni permesse col
» capo VI di questo titolo, ai genitori, ai fratelli
» ed alle sorelle. Da ciò si deduce, che la dispo-
» sizione del paragrafo antecedente, ed il di lei rigo-
» re sia soltanto relativo alle disposizioni, che riguar-
» dano gli estranei; quindi per espresso voler della
» legge non applicabile al caso presente, che com-
» prende la disposizione tra padre e figlio ».

» Considerando, che nel capo VI dello stesso
» titolo, nell'art. 1048, si permette ai genitori dispor-
» re a favore di uno o più figli, ed imporre loro
» l'obbligo di restituire ai figli nati o da nascere,
» nel primo grado soltanto di detti donatarii, lo che
» si permette anche nell' articolo seguente 1049 ai
» fratelli e sorelle, che non abbiano discendenti ».

» Considerando, che coll' articolo 1050 si deter-
» mina, che le disposizioni permesse nei due prece-
» denti articoli non saranno valide, se non quando
» l' obbligo di restituzione torni a vantaggio di tutti
» i figli nati o da nascere del gravato, senza ecce-
» zione o preferenza di età o di sesso; ma non

 » aven-

» avendo il legislatore soggiunto in questo luogo, co-
» me nell'articolo 896, di essere anche nulla la do-
» nazione, l'istituzione di erede o il legato, sembra,
» che in favore de' figli donatarii o eredi, e simil-
» menti de' fratelli, abbia egli voluto lasciar nel suo
« vigore la donazione, l' istituzione o il legato ».

» Considerando, che se nel rammentato articolo
» 1050 la legge invalida le disposizioni permesse
» nei due precedenti articoli, nella circostanza che
» l' obbligo della restituzione non ricada a vantaggio
» di tutti i figli, è evidente che di niuna altra dispo-
» sizione ha ragionato la legge, se non della sosti-
» tuzione. Questa dunque annullata, rimane ferma
» e nel suo vigore l' altra, che ha per oggetto la
» quota disponibile, che il padre riconosce non dal
» capo VI, ma sibbene dal capo III, sez. I del Co-
» dice Napoleone ».

Così la nosra già Corte di Appello, dieci anni addietro; così lo stesso Tribunal Civile di Napoli, il passato anno, come dianzi si è veduto; così la regolare e giusta interpretazione legale, da cui per isventura nella nostra causa si è ora il Tribunal dipartito, perdendo di mira il principio, che nella stessa nostra sentenza aveva riconosciuto. Ha egli nel §. 2 della III considerazione, qualificata

per

per *dura* la pretesa sanzione dell' articolo 896. Ma la *durezza* d' una legge dee riscuotere l' adesione del giudice in quanto solo sia *scritta*, in quanto cioè sia *espressa*. Ecco la legge dallo stesso Tribunale citata. *Quod quidem per quam* DURUM *est*, *sed ita lex* SCRIPTA *est*. Fuori dello scritto, fuori dell' espresso la durezza non trascorre; ed il tenor letterale le serve di argine insormontabile. Ma qual mai è il *duro* nelle leggi? Tutto ciò, che si discosta dall'equità; tutto ciò, che si allontana dalla ragion del diritto comune, riposta essenzialmente nella equità stessa; tutto ciò, che costituisce il *jus singulare*, il quale ha per principio non la ragione naturale, ma l' autorità del legislatore, ed ha per base non il giusto, ma qualche *utilità*. Or questo non esce da' limiti e da' cancelli della lettera; non trapassa da caso a caso, per quanto l' un caso sia simile all' altro. L' equità è quella, che al dir di CICERONE, *paribus in causis paria jura desiderat* (1). Ma diversa è la condizione del *jus singulare*, cioè di quel diritto, che *contra tenorem rationis* (*idest communis juris*, come spiega il DONELLO), *propter aliquam utilitatem*, *auctoritate consti-*

(1) *In Topicis*.

stituentium introductum est (*L.* 16 *D. De LL.*). Di questo diritto in una regola famosa è appunto stabilito: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (L. 14, *D. eod.*). *Idest* (è lo stesso DONELLO) *non est porrigendum ad causas similes, ut in quibus eadem ratio sit, idem servetur* (1).

La nostra sentenza ha proceduto appunto in opposizione di tal regola. Ha supposta la causa del fedecommesso imposto all' estraneo, simile a quella del fedecommesso imposto al figliuolo o al fratello: ed ha disteso il supposto annullamento della disposizion principale, che sarebbe un diritto tutto singolare, *et contra rationem juris*, dal primo caso al secondo. Diciamo *supposto annullamento* per quel, che abbiam dimostrato nella nota II. Ha detto il tribunale: Se l' articolo 896 in ogni sostituzione vietata annulla tutto; dunque tutto si vuole intendere annullato nelle sostituzioni, che eccedono i limiti degli articoli 1048 e 1049, non ostante il ristretto annullamento dell' articolo 1050, per rapporto a' due pre-

---

(1) *Comment. jur. civ. Lib. I, cap. XIV, numm. IX et X.*

precedenti. Or questo è argomentare, è cavar conseguenze, è uscir dello scritto, è discorrer da simile a simile; cose tutte vietate *in jure singulari*.

Ma più, non ha il tribunale avvertito, che le cause eran dissimili; meritando altro riguardo il figliuolo, il fratello, perchè non perdan la roba del sangue proprio, che non l'estraneo, a cui la legge impedirebbe un lucro, ma non inferirebbe un danno. E non ha avvertito, che il Codice Civile ha voluto espressamente togliere ogni comunicazione fra i due casi. In fatti nell'articol seguente al dibattuto articolo 896, si dice: *Sono eccettuate da' due paragrafi dell' articolo precedente le disposizioni permesse nel capo VI di questo titolo*; cioè le contenute negli articoli 1048 e 1049, la trasgression delle quali non porta altra pena, che dell'articolo 1050. Dunque il tribunale non solo ha violate tutte le regole della interpretazione, così quelle, che non permettono il passaggio da dissimile a dissimile, *in jure communi*, come quelle, che il vietano da simile a simile *in jure singulari*, le quali cose offendono *sententiam legis*; ma di più ha cancellato, ha oltraggiato la espressa sanzion della legge, *legis scriptum*.

In fine, mentre che uno de' più begli oracoli del diritto civile grida, che *Rapienda occasio est*,

 quae

quae praebet benignius responsum (1), imponendo quasi al giudice di far forza ed alla sentenza ed allo scritto di che che sia, per estorquerne una benigna decisione; il Trib. Civ. ha seguito un voto, che di tutto sente, fuorchè di benignità; appoggiato non già ad una legge dura, ma sibbene ad una truce e violenta opinione, contrastata nel suo paese nativo, proscritta legislativamente nel nostro, e non mai estendibile ad un caso regolato senza equivoci in diversa sede. E ciò facendo, si è messo in contraddizione col Codice Civile, colle attuali Leggi Civili, cogli esempj delle cose e da se e da superiori giudici giudicate, co' più certi canoni della legale ermeneutica, e con quella finalmente, ch'esser dee l'anima di tutti i codici, e la norma di tutti i giudizj, dir vogliam l'equità.

A buon conto, e giova ripeterlo, l'articolo 896 del Codice Civile non doveva essere applicato a questa causa per quattro ragioni; 1. perchè si trattava di un testamento dianzi fatto; 2. perchè il senso vero dell'allegato articolo non è quel, che il Tribunale

(1) *L.* 165, *D. De regulis juris. Adde L. Scire oportet* 13, §. 2, *D. De excusatione tutorum.*

le ha seguito; 3. perchè le Leggi Civili ne han fatta l'autentica dichiarazione da dover fra noi prevalere; 4. perchè non è egli la sede della nostra causa.

PAROLE DELLA SENTENZA.

VIII. *Considerando, che tutte le esposte idee, le quali menano a stabilire la nullità del testamento del Marchese di Ducenta, e della pretesa sostituzione pupillare, per la miscela de' fedecommessi, restino maggiormente consolidate in vista della sentenza, che trovasi all'uopo di già pronunziata dal Tribunale abolito di prima istanza, fin dal dì 7 Aprile* 1810; *sentenza la quale, abbenchè non costituisca un giudicato, nè obblighi d'altronde il sostituto pupillare a toglierla di mezzo con alcun particolare gravame, perchè resa senza forma di giudizio, in linea di espediente volontario; merita nondimeno tutta la considerazione, sotto il rapporto di essersi a tempo e luogo invocato il soccorso delle novelle leggi, e di essersi per tal via posto in certo modo il suggello alla nullità della testamentaria disposizione del Marchese di Ducenta nell' interesse di D. Niccola Folgori, e de' suoi discendenti; da non potere per qualsivoglia accidente essere richiamata a novella esistenza.*

NOTA. XV.

Quì domandiamo spezialmente perdono al Tribunale Civile, se siamo astretti a dire, che la presente considerazione è poco d' accordo con se medesima. Una sentenza, un atto qualunque non altrimenti può giovare ad una delle due parti vicendèvolmente contrarie, che nocendo all' altra; nè nuocere all' altra, che giovando all' una. Le idee di pro e di danno fra' collitiganti sono correlative. Or se il Tribunale ha riconosciuto, che la sentenza pronunziata il 1810 in camera di consiglio, sulla semplice domanda della vedova Marchesa, non chiamato alcuno in giudizio, circa la nullità della nostra pupillare, non costituì un giudicato, fino al segno, che neppure opposizion di terzo si dovesse produrre dal sostituto; esattamente ha confessato con ciò, che niuna forza abbia quella sentenza contra l' interesse di D. Niccola, nè diretta, nè indiretta. Dove poi seguitando ha detto, che *nell' interesse di D. Nicola* abbia quell' atto posto il suggello alla nullità della testamentaria disposizione del Marchese D. Ferdinando, ha espressamente detto, che abbia forza grandissima. Che di peggio potrebbe venire a D. Niccola, oltre la nullità del testamento, fonte e principio di ogni sua azione? Non

Non solamente non fu D. Niccola Folgori in quel giudizio chiamato, ma neppur vi ebbero parte quelli, che contendono oggi con lui. Come dunque si può dire *invocato il soccorso delle novelle leggi a tempo ed a luogo?* Chi l' invocò, che fu la vedova, non ha che fare colle parti di questa causa; e delle parti niuna allora fu in giudizio. Dunque che che allora si fosse fatto, è tutto alieno dalla lite e da' litiganti di oggi.

Fin quì la sentenza ha parlato della nullità indiretta della nostra pupillare.

PAROLE DELLA SENTENZA.

INCOMPATIBILITÀ DELLA SOSTITUZIONE PUPILLARE CO' PRINCIPJ DEL CODICE CIVILE.

IX. 1. *Considerando, che la sostituzione pupillare, o che tragga direttamente l'origine dalle leggi decemvirali, o che sia stata introdotta dall' uso; sia particolarmente fondata sulla patria potestà, di cui i Romani rivestirono ogni padre di famiglia; potestà illimitata, ed estraordinaria, che permetteva al padre il disporre della vita, e della libertà del proprio figliuolo; potestà, di cui ebbe ragion di scrivere l'Imperadore* GIUSTINIANO: Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. §. 2. Instit. De patria potest. *Quindi è, che senza patria potestà non vi è per legge sostituzion pupillare*, L. 41 §. 2, D. De vulgar. et pupillar. substit. *E quindi è ancora, che non può l'avo sostituir pupillarmente al nipote, il quale dopo la sua morte* recasurus est in potestatem patris sui. L. 2 in princip. D. eod.

No-

Nota XVI.

Che la patria potestà fosse il *fondamento vero* della sostituzion pupillare nel diritto romano, benchè molti l' abbiano detto, non è proposizione esatta. Bartolo con più ragione la dice uno de' requisiti per sostituire pupillarmente, che novera fino ad otto (1). L' accurato Richerio nella sua grande opera della Giurisprudenza Civile scrive, che i romani giureconsulti nell' introdurre la pupillare *colorem quaesierunt ex patria potestate.* (2). Similmente il Delvincourt ne'suoi *Elementi del diritto romano*: *Haec substitutio introducta fuit moribus populi romani, seu potius interpretatione prudentum, qui quidem colorem quaesiverunt ex patria potestate, per quam pater et filius una et eadem persona censentur* (3).

Ed infatti la sostituzione a' mentecatti ed a' furiosi, *diretta* anch' ella, e da Giustiniano stabilita ad *esempio* della pupillare, onde *esemplare* fu ad-

C 7 di-

(1) *Ad L.* 2, *D. De vulg. et pup.*

(2) *Tom.* VI, *De pupill. subst. Num.* 459 *et* 465.

(3) *Lib.* II, *tit.* XVI.

dimandata, venne conceduta non che al padre, ma eziandio alla madre ed a' materni ascendenti, estranei tutti dal paterno potere (1). La esemplare produceva gli stessi effetti, ed aveva la stessa ragione, che la pupillare; talchè i dotti la confondono colla medesima. *Exemplaris substitutio, cum* EADEM RATIONE *introducta sit, qua pupillaris, potest et ipsa dici pupillaris*, così ANTONIO GOVEANO (2). Ed in fatti qual è nella realità della cosa la differenza tra il nominar l' erede a chi per la età non possa far testamento, e il nominarlo a chi nol possa per la infermità della mente? Anzi infermità della mente è anche la sua troppa giovanezza, se non che naturale e comune, non già morbosa.

Ma sia la patria potestà il fondamento della pupillare; certa cosa è, che non vi si richiede quello eccesso di autorità, che distingueva la patria potestà de'Romani da quella delle altre nazioni. In fatti diminuita a poco a poco da'primi tempi di Roma la patria potestà propria de'Romani così sulle persone, co-

(1) L. 9, C. *De impuberum et aliis substitutionibus*. §. 1, *Inst. De pup. subst.*

(2) *Ad tit. De vulg. et pup. In praefat. N.* 8.

come su' beni de' figliuoli, e venuta sotto GIUSTINIANO a quel temperamento, quasi, che ha conservato presso le moderne nazioni; la pupillare non venne punto a decadere, anzi si raddoppiò, partorendo la esemplare. E fu accolta da quasi tutta la moderna Europa, a cui certo non era passata l'antica patria potestà di Roma. La Francia soprattutto, dove i figliuoli *non erant in potestate*, al dire di PIETRO REBUFFO, *quatenus esset eis prejudicium*, ritenne la pupillare ne' paesi di diritto scritto, come giovevole a' figliuoli (1). E i popoli del Belgio, forse i soli, che non ammettessero la pupillare qual diretta, come non ammettevano la patria potestà del diritto civile, la ordinavano e la eseguivano per via di fedecommesso; e così obbliquata quasi in altro non restava di sotto alla diretta, che nella parte de' beni proprj del figliuolo, ed era comune alla madre e ad altri stretti congiunti (2). I Prussiani e gli Austriaci ne' loro Codici

 odier-

(1) *Ad caput Raynutius*, *Extra*, *De testam. De pupill. subst. Num.* 28.

(2) VINN. ad *Inst. De pupill. subst. In fine* — VOET *in Pandect. Lib.* XXVIII, *tit.* VI, *n.* 26 — GUDELIN. *De jur. noviss. Lib.* II, *cap.* V, *n.* 10.

odierni l'han ritenuta (1). Nè solo i moderni popoli, ma gli antichissimi, prima che in Roma la pupillare s'introducesse, come gli Ateniesi, per legge di SOLONE, l'avevano (2); gli Ateniesi, che al pari degli altri Greci, riguardavano come insopportabile la potestà patria de' Romani (3). Talchè ULRICO HUBERO, tuttochè fiamingo, e non avvezzo a riguardare nella pupillare la sanzion della legge, non dubitò di scrivere: *Haec substitutio rationi optimè congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipse testari nequit, fungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipsius actionum esse voluit* (4). Siegue da queste cose, le quali sono più a lungo spiegate nella nostra difesa del Marchese di Ducenta (5), che quanto si dice della diminuita potestà patria dopo la novella le-

---

(1) *Part.* I, *tit.* XII, *art.* 60. -- *Cap.* X, *art.* 509.

(2) DEMOSTENE nella II orazione contra STEFANO.

(3) DIONIGI da ALICARNASSO, *lib.* II, *pag.* 97. *Lipsiae*, 1691.

(4) *Praelect. jur. civ. Tom.* I, *De pupill. N.* 1.

(5) Pag. 206 -- 231.

legislazione francese, di nulla offenda il diritto della pupillare.

Aggiunghiamo quì una bella dottrina del *Cardinal di* Luca, scrittore, che fra gli altri eminenti suoi pregi, si distingue per l'abitudine di ridurre il diritto al buon senso. Nel suo *Conflitto della legge e della ragione*, va egli discernendo quel, che vi sia di positivo nella sostituzion pupillare, e quel, che vi sia di naturale e di promanante dalla ragione. Ed è bello vedere, come le restrizioni della pupillare le ripone egli nel positivo, ma la sua origine e la facoltà di usarla la ripete tutta dalla ragione; e come dalla restrizione della potestà paterna prende anzi motivo da doversi allargare i limiti della detta disposizione. Il luogo è alquanto lungo, ma farà piacere il percorrerlo.

Parentes pro liberis, qui ratione infirmi intelectus aut mentis intestabiles essent, testari mediante directa substitutione, quæ pupillaris, vel respective exemplaris dicitur, rationabile quidem ac honestum est; cum sæpius casus præbeat, ut illi proximiores, quibus juxta ordinem a lege statutum, intestata successio debita est, tamquam ignoti vel exosi male meriti censendi veniant, ideoque

de jure, vel saltem de facto sint indigni; ut propterea naturalis ratio, ac veritas eorum successioni resistant; ita supplendo defectum naturæ; ut hoc testamento mediante, huic occurratur inconvenienti. — Adhuc tamen aliquæ irrationabilitates in modo, sive in restrictionibus, vel formalitatibus, quæ desuper habentur, dignosci videntur. Respectu siquidem substitutionis pupillaris, quæ infantibus, vel impuberibus fiat, ut hæc facultas non nisi patri, vel avo, qui illum puerum habeat in potestate conceditur; adeo ut si idem pater, vel avus ratione emancipationis, vel alias ex legis dispositione, ista careat potestate, hanc non habeat facultatem quæ propterea matri, aliisque ascendentibus, per lineam maternam, ac etiam paternam, in quibus dicta potestas non verificetur, ista denegetur facultas. — Non videtur etenim, quæ ratio naturalis id exigat, vel suadeat, dum in omnibus parentibus eadem affectio, eademque ratio sanguinis consideratur; adeout per jus novissimum, ista sanguinis, ac proximitatis ratio, in utraque activa, et passiva successione, ac etiam in ipsamet intestata, intra terminos legitimæ, æqualiter consideretur, omni sublata antiqua differentia, quæ ratione patriæ potestatis inter patrem

trem, vel avum paternum habentem hanc prærogativam, et alios ascendentes dignoscebatur; ut proptetea avus per matrem a successione excludatur, atque patris æqualis cum matre sit conditio; illis solum exiguis remanentibus patriæ potestatis reliquiis, quæ in usufructu, et in administratione legali consistunt, istæque pene annihilatæ quoque videntur ob facilem prohibitionem, nedum expressam, sed etiam tacitam, et conjecturalem, ideoque non videtur cui rationabili fundamento differentia hæc innixa sit. — Illud autem vitium ex eodem consueto nascitur fonte, procedendi cum litera, neglecta ratione; quando siquidem leges hanc prærogativam patriæ potestati singulariter concesserunt, cum eo processerunt præsupposito, quod filius in potestate nil proprium haberet, magnaque esset patris prærogativa, ut sibi acquireretur, quidquid deferretur filio, de cujus bonis disponendo, tanquam de propriis potius disponere videretur. Cum itaque per novissimam peculii adventitii introductionem, ac alteram diversi ordinis succedendi, hodie nulla dignoscatur amplius patriæ potestatis prærogativa, hinc irrationabile videtur, ut procedi debeat cum litera illarum legum, quarum ratio, ac præsuppositum hodie cessant. — Il-

lud etiam ponderando, quod eadem est ratio in impubere, ac in amente, vel furioso; et tamen in substitutione exemplari, quæ furioso, vel amenti fiat, ista non dignoscitur differentia patriæ potestatis, sed omnibus parentibus talis conceditur facultas. Igitur in pupillari, patriæ potestatis requisitum omni destitutum est rationis fundamento. — Irrationabilitas quoque in eo dignosci videtur, quod puberi per paganum directo substitui non potest, quamvis patria potestas adsit, et tamen id fieri valet per militem, quamvis patriam non habeat potestatem. Non videtur etenim, quæ ratio differentiæ in hoc dignoscatur, et quare militaris qualitas potius hanc praerogativam inducat, dum illa differentia, quae inter paganos et milites dignoscitur circa diversas testamentorum solemnitates, vel circa duplicis patrimonii, ac duplicis heredis habitum, suas congruas habet rationes, quæ in hoc non videntur dignosci (1).

PA-

(1) *Observat. CVI. Tom. XV, part. III.*

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che la forza della sostituzione pupillare consista nel diritto, che la legge accorda al padre di fare un testamento in nome del figlio:* Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum faceer non possunt, parentes eis faciant. *Princip. Instit. De pupil. substit.*

NOTA XVII.

Questa è appunto la giusta idea della pupillare. Ella non è sostituzione, per rispetto al pupilllo, ma istituzion prima (1); ed è il *testamento pupillare*, come spesso la dicon le leggi (2). È quindi oziosa la disputa antica tra' Sabiniani e i Proculiani, se il testamento paterno, contenente la pupillare, fosse unico testamento o doppio; quistione, che GIUSTINIANO sti-

(1) *VINN. ad rubric. Inst. De vulg. subst.* — *DONELL. Comment. jur. civ. Lib.* VI, *cap.* XXV, *N.* XXVII.

(2) *L.* 2, *princ. Et* §. 4; *L.* 38, *L.* 43, *D. De vulg. et pupill. subst.*

stimò soverchio decidere (1); e che gli interpreti risolvono or d'un modo or di un altro nelle subalterne quistioni, secondochè alla causa del pupillo giovi o nuoca l'unico o il doppio (2). Il certo è, che in quanto il padre nominava l'erede al pupillo, era testamento del pupillo; e così si spiega, perchè fosse lecito al padre far due separate disposizioni, in tavole, in tempi, in forma diversa (3) (cose non lecite al pagano, che testasse della sua sola eredità); e perchè facendole unitamente sulle stesse tavole, nel tempo stesso, e in una medesima forma, in guisa che l'una si potesse leggere, senza aprir l'altra, se ne facesser due diverse aperture, aprendosi la paterna alla morte del padre, e la pupillare alla morte del pupillo (4). Del pari certa cosa è, che i retaggi eran due, e che ciascuno si deferiva alla morte di quello, cui si apparteneva; alla morte del padre il paterno, e del

(1) §. *Igitur*, *Inst. De pupill.*

(2) Donell. *Comment. Jur. civ. Lib.* VI, *cap.* XXV, *N.* XXIX. *Aulis. De vulg. et pupill. Quæst.* II.

(3) L. 16 *et* L. 20, D. *De vulg. et pupill.*

(4) §. 2, *Inst. De pupill.* *L.* 8, *D. Quemadmodum testam. aperiantur.*

del pupillo il pupillare. Talchè Giustiniano, lasciando sospesa la quistione dell'uno o de' due testamenti, perchè non si cadesse in errore nel punto più importante, fu sollecito di spiegare la doppia eredità, come indisputabile cosa. *Igitur in pupillari substitutione, secundum praefatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii. At certe unum testamentum est duarum caussarum, sive duarum hereditatum* (1). Risulta da queste cose, che il padre in quanto sostituiva pupillarmente, si poteva considerare, come il proccuratore del figliuolo; proccuratore d'un genere diverso da tutti gli altri, che possono aver luogo ne'soli atti tra'vivi, introdotto nella materia testamentaria pel solo e gran fine della utilità del pupillo. Infatti nel testamento pupillare, come in tutti gli atti procuratorj, il padre vi poneva il senno e la mano, la roba il figliuolo. E poichè in quel, che il proccuratore valevolmente abbia fatto, il principale è la persona, che fa figura, scomparendo quella del proccuratore; così fatta validamente la pupillar sostituzione, non più si guarda il padre, ma il figliuolo. Pa-

(1) §. 2, *Inst. De pup. subst. Adde L.* 2. §. 2, *De hered. vel actione vendita* ec. ec.

PAROLE DELLA SENTENZA.

3. *E che sia facile con ciò lo spiegare, come la sostituzion pupillare abbraccia così i beni del testatore, che quelli, che sono proprj del pupillo; come possa il padre sostituir pupillarmente al figlio, che ha diredato; e come in tal caso il sostituto pupillare prenda tutto ciò, che per qualunque titolo sia pervenuto al pupillo*. Itaque eo casu, si quid exheredato pupillo ex hereditatibus, legatisve, aut donationibus propinquorum et amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. §. 4. *Instit. De pupillar. substit.*

NOTA XVIII.

Queste son giuste conseguenze della idea stabilita nel testo e nella nota precedente.

PAROLE DELLA SENTENZA.

X. I. *Considerando che dopo il rinascimento della romana giurisprudenza in Europa la sostituzione pupillare non sia stata da per ogni dove riconosciuta.*

No-

Nota XIX.

La sostituzion pupillare fu ricevuta col diritto romano quasi dovunque s' introdusse tal diritto; in Italia, in Francia ne' paesi di diritto scritto, nella Spagna, nel Portogallo, nella Germania ecc. Si veggano il Fabbro, il Rebuffo, il Gomesio, il Goveano, lo Strykio nella nostra difesa del Marchese D. Niccola Folgori, pag. 226 — 228. Forse ne'soli Paesi Bassi, benchè vi dominasse il diritto romano, non vi era ammessa, come *diretta*; nondimeno vi era praticata ed eseguita obbliquamente, per modo di fedecommesso (1).

Parole della sentenza.

2. *E che in alcuni luoghi sia stata ammessa dimezzata di molto, e ridotta a maggior semplicità, cioè in quanto a'soli beni, che il padre abbia lasciato al figlio pupillo, al quale ha voluto dare un sostituto.*

No-

(1) Vinn. *ad tit. Inst. De pupillari, in fine.* Voet in *Pandect. Lib.* XXVIII, *tit.* VI, *n.* 26. Gudelin. *De jure noviss. Lib.* II. *cap.* V, *n.* 10.

Nota XX.

Ciò va inteso de' Paesi Bassi. La maggior semplicità era la ragione, per cui in quelle regioni non formava la pupillare un genere diverso dalla fedecommessaria; e si restringeva a' soli beni, che il padre lasciasse al figliuolo, senza estendersi a quelli, che il pupillo avesse altronde; come fra noi l'han ristretta le attuali LL. CC. nell' art. 945.

Parole della sentenza.

XI. 1. *Considerando particolarmente in quanto alla Francia, che il diritto novissimo, che ora la regola, contenuto nel Codice Civile, sia stato preceduto dalle leggi emanate in tempo della rivoluzione, e propriamente nell'anno secondo, e nell'anno terzo, le quali distrussero, ed annullarono le sostituzioni tutte di qualsivoglia natura, e tra queste la sostituzione pupillare ricevuta ne' paesi di diritto scritto.*

Nota XXI.

Verissimo. La pupillare cessò in Francia nell'anno II repubblicano, allorchè la rivoluzione giunta al col-

colmo del suo furore distrusse quanto vi aveva di più utile e di più sacro nelle antiche istituzioni. Il Merlin, il Toullier riportano la sua abolizione alla legge de' 17 del nevoso del detto anno.

Parole della sentenza.

2. *Che compilato in tempi più tranquilli il Codice Civile, siansi trovati i Francesi, per le inevitabili conseguenze della rivoluzione, tanto lontani dai principj della romana legislazione, che fu necessario di eliminar dal novello corpo del diritto la sostituzion pupillare, come quella, che ne avrebbe scosse le basi fondamentali.*

Nota XXII.

Nel Codice Civile non si parlò di sostituzion pupillare: la sostituzione ivi proibita (1) è la fedecommessaria, come vedremo meglio più sotto. Quel Codice *tacque* la pupillare, e così *non la ristabilì*, come

(1) Art. 896.

me si esprime il MERLIN (1). Il TOULLIER la dice similmente ommessa dal Cod. Civile (2). Il DELVINCOURT la dà parimente *per affatto ignota* al diritto del Codice (3). Così anche il VILLARGUES, autor recentissimo di un trattato di proposito delle *Sostituzioni proibite* (4); trattato accolto in Francia con tanto plauso, che il SIREY ha creduto di rendere gran servigio a' suoi associati, inserendo nel suo decisionario un ristretto di quell' opera (5). Il silenzio del Cod. Civ. in Francia sulla nostra sostituzione menava e mena alla abolizione di essa, per esser rimasa in piedi in questa parte la legge del 17 del nevoso dell' anno II. Lo stesso silenzio dello stesso Codice tra noi menò alla continuazione della pupillare, non conoscendosi quì prima di quello altre leggi, che le antiche.

PA-

---

(1) *Repertoire — Substitution directe*, §. II, *num.* XVI.

(2) *Droit Civil Français*, *liv.* III, *tit.* II, §. 17.

(3) *Elem. jur. rom. Pag.* 170 *et* 171, *in notis.*

(4) *Chap.* V, *n.* 5 *et* 6.

(5) Tom. XX, P. II, pag. 136.

3. *Che faccian fede di questa verità le discussioni del Consiglio di Stato sul progetto del Codice Civile; la uniforme dottrina degl' interpetri tutti delle novelle leggi; ed il costante tenore di giudicare adottato ne' tribunali di Francia.*

Nota XXIII.

Le discussioni e private e pubbliche, che precedono il Codice Civile, dimostrano anzi chiarissimamente l' opposto. Il Consigliere di Stato Regnauld de *Saint Jean d'Angelis* nel cominciarsi a trattare delle sostituzioni, disse, che faceva uopo spiegare, che cosa s'intendesse per esse. Il Consigliere di Stato Tronchet, uno de' grandi giureconsulti degli ultimi tempi, e di quei, che più han lavorato nella compilazione del Codice Francese, rispose, che vi si era pensato, e che se ne trovava la definizione in un paragrafo a bella posta disteso, che fa parte dell' art. 896 (1). Sì fatta definizione la rimettiamo alla nota XXXIII, luogo, che risponde meglio all' ordine della sentenza. Il

(1) *Conference du Code Civil*, *art.* 896.

Il Tribuno JAUBERT, nel render conto al pubblico dell' articolo 896, disse: *Bisogna bene intendere quel, che la legge vieta. Ella non vieta altra cosa, se non quella, che nell'antico diritto aveva nome di fedecommesso* (1). Queste testimonianze della mente della nuova legge non possono essere nè più chiare, nè più momentose; e sono i fonti, cui è forza ricorrere per attingere il vero senso di essa. Talchè al loro confronto perde ogni peso qualunque espression poco esatta, che incidentemente si truovi presso qualche scrittore, che non s'è ben profondato nella materia.

Per la *conforme dottrina degl'interpreti tutti delle novelle leggi*, cui il Tribunal si riporta, gli chiediamo egualmente perdono. Non sono interpreti delle nuove leggi, anzi non sono essi quelli, che vanno per la maggiore, i MERLIN, i TOULLIER, i VILLARGUES, i DELVINCOURT, allegati di sopra (2)? E non sono anzi interpreti autentici, ed organi della pubblica autorità, i testè citati TRONCHET e JAUBERT? Ci

(1) *Motifs du Cod. Civil. Discours de Jaubert; art.* 896.

(2) Nota precedente,

Ci si citino quelli, che trattando di proposito questo punto, dican l'opposto. E l' opposto è; non già che in Francia passi ora per vietata la sostituzion pupillare; ma che il divieto proceda dal Codice Civile.

La stessa risposta vale per lo *costante uso di giudicare de' tribunali di Francia*, cui si riporta similmente la sentenza. Giudichisi pure in Francia contra la sostituzion pupillare, noi non assumiamo il contrario; ma diciamo, che tale uso non fa esempio per noi, perchè messo ivi da banda il Codice Civile, il divieto della pupillare vi esiste; e tra noi tal divieto non potrebbe venire se non dal Codice, che certamente non lo contiene.

PAROLE DELLA SENTENZA.

4. *Che sia poi visibile da per se stessa a chiunque ha leggiermente scorso il Codice Civile, l'aperta contraddizione tra la sostituzione pupillare, ed i principj regolatori di queste novelle leggi.*

NOTA XXIV.

Vedremo, se si pruovi la pretesa contraddizione.

PAROLE DELLA SENTENZA.

XII. 1. *Considerando in vero, che urti in primo luogo la sostituzione pupillare colle massime del novello diritto, perchè ella, parto singolare della patria potestà de' Romani, mal si conviene colla patria potestà riconosciuta dal Codice Civile, la quale della antica grandezza non ritiene, che il solo nome; potestà ridotta quasi al solo diritto di percepire un usofrutto su' beni del figlio sino all' anno diciottesimo di sua età; potestà, che si esercita durante il matrimonio, e che alla morte della moglie si converte in tutela; potestà, che si divide colla madre, e che in gran parte passa, e si trasfonde nella persona di lei.*

NOTA XXV.

Quel, che si è scritto nella nota XVI intorno al nesso tra la patria potestà e la sostituzion pupillare, risponde preventivamente a questo paragrafo della sentenza. La sostituzion pupillare, introdotta ad utile del pupillo, per preservarlo dalle insidie d'un erede certo per lui, ed altrimente inevitabile, ed in ogni caso per dargli un erede di elezione, che maggiormente

te gli convenga del legittimo; ha relazione non con quella parte del paterno potere, che la legge ha indotta a comodo del padre, ma con quella, che promana dalla natura per lo bene de' figliuoli, e che niuna nazione, quantunque si voglia barbara e inumana, ha mai sconosciuta. Appartiene il diritto del sostituire pupillarmente alla vigilanza, che i padri debbono all' essere ed al ben essere de' figliuoli, e non a' profitti, che possono far sopra loro. Talchè gl'Imperadori, che non avevano uopo di pretesti per introdurre con leggi le cose utili, come ne avevano i giureconsulti, nello estendere a favor de' mentecatti quella pupillare, che il foro aveva inventata pe' semplici pupilli, cavandone il pretesto della potestà patria; la comunicarono dirittamente e senza giri alle madri ed agli ascendenti materni. Si vegga la detta nota XVI.

Tanto egli è vero, che la semplice affezione dei genitori sia la ragion sufficiente della pupillare. Abbian detratto le nuove leggi, quanto si voglia, ai diritti paterni; ne avran perciò anche diminuiti i doveri? Avranno esse voluto indurare i lor cuori sopra i pericoli e sopra i bisogni della loro orfana prole? Guardi il cielo, che tal sia stata la mente d'un Codi-

dice, che regge ora gran parte dell' Europa. E se tale è stata, e se lo spirito depravatore della rivoluzione, che il precedè, s' è mai in questa sua parte insinuata; l' onore de' nostri tempi, l' interesse della umana società, desiderano, richieggono, impongono, che gli uomini dabbene, tra' quali i magistrati il sono per eccellenza, emendino dolcemente con una accorta dissimulazione gli oltraggi e i torti fatti alla generazione presente, perchè non passino alle avvenire.

Parole della sentenza.

2. *Che non permetta in vero il buon senso, che possa il padre scrivere una sostituzione pupillare, e disporre così a suo bell' agio de' beni proprj del figlio, sotto l' impero di una legislazione, che attribuisce in piena proprietà al figlio istesso i beni tutti, che in qualunque maniera egli acquisti, senza distinzione alcuna di peculio.*

Nota XXVI.

Tutto l' equivoco procede dal perder di mira lo scopo della pupillare. Ella non è diretta al como-

modo del padre, nè all'esercizio del suo potere, per ricavarne alcun pro diverso da quello del figliuolo. Se il padre dispone per essa *a suo bell' agio de' beni proprj del figlio*, il fa per utile del figliuolo, e per preservarlo dagl' incomodi e da' pericoli di avere un erede altrimenti certo, che la sorte gli dia, e che spesso non gli giovi avere. Il padre fa ciò, come quegli, *quem natura gubernatorem omnium ipsius actionum esse voluit*. Not. XVI in fine. Il governadore, in quanto tale, non opera, che a comodo del governato. Lo stesso diritto romano sotto gl' Imperadori riconosceva di piena proprietà del figliuolo i beni castrensi e quasi castrensi, e sugli avventizj il solo usofrutto attribuiva al padre; e pure il padre, mediante la pupillare e la esemplare, disponeva liberamente delle dette proprietà de' figliuoli. In fine, quando se ne tolgano i beni di proprio acquisto del figliuolo, non perciò la pupillare è distrutta; ma rimarrà ristretta a' beni paterni, che per ordinario fanno il più di ciò, che abbia un pupillo; ed avremo quella pupillare un poco più circoscritta, che i popoli del Belgio praticavano, obbliquando la diretta, e che l' articolo 945 delle nostre L. L. CC. sembra aver tolta in questo, ed in altro dal Vinnio, dal Voet ecc. autori tra noi frequentatissimi di quelle regioni.

Pa-

PAROLE DELLE SENTENZA.

3. *Che molto meno possa intendersi, come il padre, che, secondo le disposizioni delle novelle leggi, è obbligato per forza a lasciare sulla sua eredità una quota di riserva al figlio, senza che in alcun caso gli sia permesso il diredarlo, abbia poi d'altronde un potere illimitato su' beni proprj del medesimo; in guisa tale, che possa disporne a suo talento, con dargli egli stesso un erede.*

NOTA XXVII.

Anche per diritto antico doveva il padre lasciare una necessaria quota della sua eredità al figliuolo. La diredazione era una eccezione, che lungi dal distruggere, confermava la regola. Il disporre de' beni proprj del figliuolo nella sua età pupillare, nulla toglieva al figliuolo stesso, anzi era suo benefizio, come si è veduto. Non potendo il pupillo disporre, o la legge dispone per lui, o il padre. La disposizione della legge, essendo generale, va incontro ai pericoli, che nascono dalle particolari circostanze; la disposizione paterna provvede appunto a queste circostanze. La disposizione della legge giova a' soli con-

congiunti, ch'ella chiama a succedere: quella del padre ha per fine il giovamento del pupillo. Sia un potere il disporre delle sostanze del pupillo; mai egli è un potere veramente paterno, perchè introdotto a benefizio di chi vi è sottoposto. E se il sostituire pupillarmente è benefizio del figliuolo; qual mai è la immaginata ripugnanza coll' obbligo, che ha il padre di lasciarlo erede? Dee il padre lasciargli parte della sua roba, dovendo provvedere al suo vivere; e può dargli un erede, pel tempo in cui gli giovi averlo da lui, non potendo egli essere indifferente al suo bene. Infine, quando se ne sottraggano i beni proprj del pupillo, come nelle provincie del Belgio, e come oggi tra noi per le leggi novissime, qual pretesto mai rimane alla opposizione?

Parole della sentenza.

4. *E che perciò uopo sia il conchiudere che le novelle leggi, diminuendo a tal segno la patria potestà, abbiano otturata la fonte, onde scaturiva presso de' Romani la sostituzione pupillare; e che ai principj del Codice Civile convenga il ragionamento medesimo, che fa sul proposito* Arnoldo Vinnio *in quanto all' Olanda, ed agl'altri Paesi bassi, nei qua-*

quali la sostituzion pupillare non è stata riconosciuta. Nam etsi quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat; atque inauditum est, tantam nunc esse patriam potestatem, ut pater filio heredem dare queat, qui succedat in universa filii bona, non solum, quæ a patre ipso, sed etiam quæ aliunde accepit, atque adeo dare etiam exheredato. *Ad* §. 9, *Instit. De pupillar. substit. Num* 2.

Nota XXVIII.

Quando si è dimandata la esecuzione della nostra pupillare, sull' appoggio dell' articolo 945 delle leggi novissime, si è chiesto quello, che si è creduto dover chiedere. Ma perchè il Tribunale non ci ha conceduto almen quello, che in Olanda si concedeva? Del resto il Vinnio si è contraddetto non oscuramente, risguardando come eccessivo il disporre dei bene proprj del pupillo, dopo avere insegnato così: *Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum, sed etiam utile visum, heredem testamentarium, et eum, qui patris iudicio datus esset, habere; L. 42, De ad-*

adquirenda hereditate. Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit; propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulae vivo adhuc et impubere filio aperirentur. §. Si autem, 3, infra, eodem — Ad princ. Inst. De pupillari subst.
Num. 13. *Potere inaudito* significa importabil gravezza. Dunque al dire del Vinnio (sia detto con buona pace, di un tanto uomo) è importabil gravezza per un figliuolo, che possa il padre salvargli la vita. Si veggano le note precedenti.

Parole della sentenza.

XIII. *Considerando, che si trovi inoltre la sostituzione pupillare opposta diametralmente colle sanzioni del Codice Civile, che altra facoltà non riconoscono nel testatore, che quella di disporre de' proprj beni; e vietano, che in un atto solo si possano formar due diversi testamenti, articoli* 895 *e* 968. *Attesochè, se ora non può dirsi, che i beni del figlio sieno proprj del padre, nè anche può immaginarsi, che possa al padre essere permesso il disporre dei beni non suoi, e che valga un testamento, che ha per*

per oggetto la eredità del figlio. Egualmente, se eccezi one alcuna non si è aggiunta alla regola, che vieta di commischiare in un atto solo due testamenti diversi, non può credersi a patto alcuno permessa la sostituzione pupillare, nella quale al dir di GIUSTINIANO, *si debbono riconoscere* duo quodammodo testamenta . . . . vel certe unum testamentum duarum caussarum, idest hereditatum §. 2, *Inst. De pupillar. substit.*

NOTA XXIX.

Anche per diritto romano il testatore non poteva disporre, se non de' suoi beni. *Quod paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto.* Anche per diritto romano non potevan due persone testare in un sol testamento. Or come mai con queste massime farebbe contraddizione la pupillare nel diritto francese, se non la faceva colle medesime nel corpo del diritto romano? È forse la lingua, che cambia le cose? Nè nel diritto romano è sanzionata la pupillare, come eccezione alle regole anzidette. Ella forma un capo à parte, egualmente principale, e come indipendente da ogni altro. Sicchè il pretendere la eccezione espressa nel diritto fran-

francese, non mena a conchiusione alcuna. Basta il silenzio di questo diritto, trattandosi di un capo, che non fa materia del medesimo, per dover ricorrere al diritto precedente, che per noi in questa parte è il romano. Nella serie de' contratti del codice francese, si era taciuta la enfiteusi, la quale in ultima analisi è una eccezione alla compera e vendita ed alla locazione conduzione. I compilatori avvertirono, che non bastava il silenzio, per impedire, che si ricorresse in ciò al diritto antico, e crederon necessario aggiugnere l'articolo 530, che tolse la enfiteusi dalla radice.

Gli avvocati contrarj han combattuto acremente la duplicità del testamento, temendo le conseguenze, che se ne potevan cavare a favor della nostra pupillare. Oggi la sentenza ricorre alla duplicità, anche per trarne argomento contra di noi. È una gran disgrazia, che il nostro torto abbia egualmente a discendere e dal si e dal no sopra un medesimo punto. Ma ciò di passaggio; perchè qui rispondiamo alla sola sentenza, avendo a'nostri avversarj risposto abbastanza prima.

XIV. 1. *Considerando infine, che la sostituzione pupillare si trovi implicitamente vietata dalle novelle leggi, perchè senza una espressa eccezione, che s'incontri nello stesso corpo del diritto, non si può recedere dalle massime, e dalle teorie generali, che regolano le successioni intestate, e che attribuiscono alla madre, ed agli ascendenti materni, una quota di riserva su' beni del figlio: massime, che potrebbero di leggieri rimanere alterate per mezzo della sostituzion pupillare.*

NOTA XXX.

Non solo il diritto francese, ma benanche il romano riserbava alla madre una quota sulla eredità dei figliuoli, che morissero senza prole, nè ciò fu di ostacolo alla sostituzione pupillare. Che tal sostituzione per diritto romano potesse torre la legittima alla madre del pupillo, al che sembra alludere la sentenza; era un accidente della cosa, e neppur certo, essendosene tra' DD. dubitato (1).

PA-

(1) *MENOCHIUS*, *lib.* IV *Praesumpt.* 38.

2. *E che d' altronde manchi nel Codice Civile una norma sicura, che segni il periodo di siffatta sostituzione, e ne indichi con precisione il termine; giacchè è abolita la distinzione tra età pupillare ed età minore: il matrimonio non è permesso al maschio prima dell' anno decimottavo, ed alla femmina, se non ha compiuto gli anni quindici. Articolo* 144. *La capacità poi di testare viene dimezzatamente per una metà nell' anno decimosesto, artic.* 904; *e per l' altra metà all' apparire della maggior età. Onde è, che rimane ignoto, quale di questi avvenimenti possa stabilire con esattezza il fine della sostituzione pupillare.*

NOTA XXXI.

Il termine della pupillare è stabilito dalla natura stessa della cosa. La sentenza nel §. 2 della IX considerazione, ha inserito il principio, che serve quì di risposta alla sua difficoltà. *Moribus institutum est, ut cum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* (1).

 Dun-

(1) *Princ. Inst. De pupill. subst.*

Dunque la pupillare finisce al sopravvenire della facoltà di testare. Che ha di comune con essa la età, e sia qualunque, del matrimonio? la differenza abolita tra impubertà ed età minore? Si potrà dire per avventura, che concedendosi dal Codice Civile dopo i sedici anni la facoltà di testare per una metà, e dopo il ventunesimo per lo intero, svaniva sotto quello per metà la pupillare col sedicesimo anno, e col ventunesimo per l'altra; ma sopravvenute le Leggi Civili, che hanno estesa espressamente, come vedremo, la pupillare agli anni diciotto, è oggimai soverchio il discorrere del suo tempo.

PAROLE DELLA SENTENZA.

XV. 1. *Considerando, che i compilatori del Codice Civile, avendo conosciuta la incompatibilità della sostituzione pupillare, coll' indole delle novelle leggi, abbiano avuto l'accorgimento di segnarne espressamente la esclusione, senza lasciarla al calcolo de' giureconsulti nell' applicazione de' principj.*

No-

Nota XXXII.

Passa la sentenza a voler dimostrare, che non solo lo spirito del Codice Civile, ma la lettera altresì rigetti la pupillare. Da noi si è dimostrato, che lo spirito non la offende punto; faremo chiaro, che neppure la lettera.

Parole della sentenza.

2. *Che siasi all'uopo in termini generali nell'articolo* 896 *ordinata l'abolizione di tutte le sostituzioni*: Le sostituzioni sono vietate.

Nota XXXIII.

Il Cod. Civ. è stato scritto da' Francesi per la Francia, ed i Francesi sono gl'interpreti da consultarsi sul senso delle parole. Prima del Codice, in Francia per *sostituzioni* si sono intesi propriamente i fedecommessi. *Nel nostro comune uso di parlare la semplice parola* SOSTITUZIONE *va intesa delle fedecommessarie, perchè più frequenti della vulgare e della pupillare. Quando noi parliamo di sostituzione, intendiamo comunemente la fedecommessa-*

 ria.

ria. Così il DOMAT (1). Così similmente il Signor THEVENOT D' ESSAULE, autore in Francia riputatissimo in materia di fedecommessi (2). Dopo il Codice il Signor VILLARGUÉS, nella sua opera di proposito, *Delle sostituzioni proibite*, dimostra a lungo, la parola *sostituzione* dell'art. 896 essere stata usata *nel senso consagrato dall'antico uso del foro francese* (3). Vedemmo di sopra, che lo stesso ne disse il Tribuno JAUBERT, nella pubblica discussione di quell'articolo (Nota XXIII). Il Consigliere di Stato TRONCHET se ne riporta alla definizione, che nello stesso articolo siegue alle parole, *Le sostituzioni son proibite*. E collo invincibile argomento, che deriva dalla definizione, chiude così la sua dimostrazione il detto Sig. VILLARGUES: *Tutte quelle disposizioni, colle quali il donatario, l'erede istituito o il legatario sono gravati di restituire ad una terza persona, queste sono le sostituzioni*. Egli è manifesto, che sì dicendo, non si toccano le sostituzioni dirette, la vulgare cioè a dire, e la

(1) *Leggi Civili nel loro ordine naturale. Tit. Delle sostituzioni, in princ.*

(2) *Des substitutions. Num.* 31.

(3) Capit. I, num. 5 e 6.

la pupillare, perchè il sostituto per tal modo non è un terzo, che riceve dalla mano media dell' istituto; ma bensì dal defunto direttamente. Se Tizio non potrà, o non vorrà essere mio erede, lo sia Sempronio. Sempronio nulla certamente può prender da Tizio. Neppure la pupillare va sotto la recata diffinizione, perchè in essa non è *gravame* alcuno, non quello di conservare, non quello di restituire. Il restituire è gravezza per chi senza quest' obbligo, potrebbe disporre; ma non per chi dee lasciare, che la roba vada sempre a seconda d' una volontà non sua, o della legge o d' un altro uomo. Anzi la volontà dell'uomo, ch' è il padre, è stata surrogata a quella della legge per lo ben del pupillo.

Per riguardo al *conservare*, il pupillo non conserva ad altrui, ma bensì a se; e in quanto gli è disdetto lo alienare, questo divieto gli viene dalle leggi protettrici della sua età e del suo patrimonio, non dall' interesse del sostituto. In fatti il pupillo, che abbia sostituto, può fare della sua roba, se la sua utilità lo esiga, tutto quello, che ogni altro, a cui non si sia dato sostituto. Se il sostituto è l'erede del pupillo, come confessa la stessa sentenza (1); il pre-

 ten-

(1) Considerazione §.

tendere, che possa egli aver diritto sopra i beni pupillari, durante la vita del pupillo, sarebbe lo stesso, che se gli eredi da noi scritti, senza aspettare il lor tempo, volessero legarci le mani in vita nello uso de' nostri beni.

Questa verità essenzialissima per la causa costa da molte leggi, parte da noi esposte altrove, trattando a lungo delle differenze caratteristiche tra la fedecommessaria e la pupillare (1), e parte da esporsi ancora, dove l' uopo il richiegga; ed in oltre non ci è contrastata in niuna parte della sentenza. In grazia però della sua importanza giova qui ripetere quel, che ne insegna ANTONIO GOMESIO, il quale ha spiegato egregiamente questo punto. *Certum est, quod substitutione pupillari non censetur per testatorem vel legem appositum gravamen ipsi pupillo de non alienando, nec bona sibi relicta sunt subjecta restitutioni; immo libere possit alienare, etiam in praejudicium substituti, sicut bona propria, interveniente causa et decreto propter minorem aetatem . . . . Cujus ratio fundamentalis . . . quia sicut ipsi testatori non interdicitur alienatio bonorum suorum, licet fecerit testamentum, et alium instituat heredem; ita*

(1) Per lo Marchese di Ducenta, pag. 161 - 199.

ita nec pupillo post substitutionem pupillarem, quia substitutio pupillaris censetur esse testamentum pupilli . . . Et talis institutio vel substitutio est honor et commodum, et non gravamen. Variar. Resol. Tom. I, *cap.* IV, *Venetiis*, 1759, *pag.* 40, *col.* 2. Citiamo con questa minutezza il lodato autore, perchè nella prima istanza alcun de' nostri avversarj pose in dubbio, che si trovasse nel Gomesio l'allegata dottrina.

I termini dunque dell' articolo 896 del Codice Civile non sono generali per tutte le sostituzioni e dirette e indirette; ma ristretti, secondo il linguaggio del fòro francese, alle sole fedecommessarie.

Parole della sentenza.

3. *Che questo ampio divieto, che abbraccia le sostituzioni tutte di qualunque natura, riceva ancora una spiega, ed una dilucidazione maggiore dalle limitazioni, che vi sono aggiunte; giacchè, se tra le eccezioni va la erezione de' maggiorati col permesso sovrano, vanno le sostituzioni di primo grado a pro de' figliuoli del figlio, o del fratello, va la stessa sostituzione volgare; è forza il dire, che la sostituzione pupillare non espressa nelle eccezioni,*

ni, resti compresa nella regola generale, e faccia parte delle sostituzioni proibite.

NOTA XXXIV.

Anzi le limitazioni appunto, che succedono alla definizione dell' articolo 896, confermano il nostro assunto, e gli aggiungono una chiarezza, che non potrebbe andare più oltre. Il terzo paragrafo del detto articolo dice: *Nondimeno i beni liberi, formanti la dotazione d' un titolo ereditario, che l' Imperadore avrà eretto in favor di un Principe o d' un capo di famiglia, potranno essere trasmessi, giusta l' atto imperiale de' 30 di Marzo 1806, ed il senatusconsulto de' 14 di Agosto seguente;* (che contengono la istituzione de' majoraschi). I majoraschi fanno una delle spezie de' fedecommessi. La permissione de' majoraschi è una eccezione al divieto de' fedecommessi stessi. E per eccezione è la medesima enunciata, cominciandosi colla voce *Nondimeno.*

L' articolo 897 soggiugne: *Sono eccettuate dai due paragrafi dell' articolo precedente le disposizioni permesse a' padri, alle madri, a' fratelli ed alle sorelle, nel capo VI del presente titolo.* Sono le sostituzioni fedecommessarie degli articoli 1048 e 1049, che

che fanno similmente eccezione al divieto de' fedecommessi.

L' articolo 898 dice così: *La disposizione, colla quale un terzo fosse chiamato a raccogliere la donazione, la eredità o il legato, nel caso, che il donatario, l' erede istituito, o 'l legatario nol raccogliesse, non sarà riguardata come sostituzione, e sarà valida.* Quì si tratta della vulgare, com'è manifesto; e si permette non per via di eccezione, ma per modo di spiegazione, come disposizion diversa dalla sostituzione. Questo luogo è luminosissimo per sempre più chiarire il nostro assunto. Se la vulgare non è sostituzione nel linguaggio del codice francese; dunque questo codice non comprende sotto nome di sostituzioni tutte quelle, che vi comprendono i giureconsulti delle altre nazioni, cioè la vulgare, la pupillare, la fedecommessaria; dirette le prime, obbliqua la terza. Se sostituzione è nome di genere presso i Latini, gl' Italiani ed altri popoli; è nome di spezie presso i Francesi, e perciò se han permessa la vulgare, nol fanno per modo di eccezione.

L'articolo 899: *Lo stesso sarà di quella disposizione tra vivi o testamentaria, colla quale l' usofrutto sia dato all' uno, e la nuda proprietà all' al-*

 tro.

tro. S' è mai avuta per fedecommessaria la separazione dell' usofrutto dalla proprietà? Oibò. E pure il Codice ne parla qui; ma similmente per modo di spiegazione, come ha fatto della sostituzione volgare, e per prevenire gli equivoci; non per via di eccezione.

L'ultimo articolo dello stesso capo, ch'è il 900, esclude le condizioni impossibili, e le contrarie alle leggi o a' costumi. Così si chiude il capo I del titolo, *Delle donazioni tra vivi e de' testamenti*.

La seguenza de' recati articoli basta da se a dimostrare il vero senso delle sostituzioni vietate nello 896; ed a far vedere, come la pupillare non vi è accennata, nè vietandola, nè permettendola. Sarebbe ella inclusa nel divieto, se per sostituzioni si fossero intese tutte le spezie, che i Latini comprendono sotto tal nome. Sarebbe permessa, se il Codice per maniera di spiegazione ne avesse parlato, come della volgare, e dell'usofrutto separato dalla proprietà. Quindi esattamente han favellato in Francia quei, che come il Merlin, il Toullier, il Delvincourt, il Villargues ecc. ecc. han ripetuta la proibizion della pupillare tra loro dalle leggi della rivoluzione, soggiungendo che il Codice Civile non l'aveva *ristabilita*, o non la *conosceva* (Nota XXII).

Pa-

4. *E che non giovi a tal proposito l' osservare, che sotto il nome di sostituzioni, secondo il linguaggio degli antichi scrittori legali della Francia, s' intendano le sole sostituzioni fedecommessarie; giacchè più dell' antica fraseologia forense, bisogna valutare i vocaboli secondo il senso, in cui gli hanno adoperati i compilatori del Codice Civile, e nel modo, che più corrisponde allo spirito ed alle sanzioni delle novelle leggi. Or se a norma delle medesime la sostituzione vulgare, che indubitatamente è una sostituzione diretta, ha meritato una particolare eccezione, per non credersi compresa nel divieto generale, egli è chiaro, che resti ferma la regola per ogni altra sostituzione diretta; e ciò tanto maggiormente, quanto più semplice è l'indole, e la natura della vulgare, la quale è chiamata dalla legge* secunda heredis institutio, *in confronto della pupillare, che ha tutto l' aspetto di una sostituzione graduale, e che dà al padre la facoltà di disporre dei beni del figlio.*

NOTA XXXV.

A questo § della sentenza rispondono le note precedenti. All' antica fraseologia del foro francese, corrisponde quella dello stesso Codice Civile. Lo dice la definizione; lo conferma la serie degli articoli seguenti all' 896; gli stessi interpreti francesi, così i privati, come gli autentici, che furono gli organi della pubblica autorità, l' han dichiarato altamente. Che la pupillare *abbia l' aspetto* di graduale sostituzione, nulla pruova; anzi questa *apparenza* ha indotto alcuno a malamente confonderle. La sentenza quì parla con quella proprietà di dire, che dappertutto serba. L' aver l' *aspetto* di una cosa è lo stesso, che averne la *specie* nel senso de' Latini, quando parlavano delle apparenze ingannevoli. *Praeclara classis in specie, sed inops et infirma.* Cic. *In Verr.* VII, 33.

PAROLE DELLA SENTENZA.

XVI. 1. *Considerando, che non possa quindi nè punto nè poco ammettersi per vero, che la sostituzione pupillare formi un capo ommesso nel Codice Civile; e che nel silenzio di ogni altra legge, che,*

co-

come propria de' Francesi, non può aver luogo nel regno, debba starsi alla osservanza del diritto romano.

NOTA XXXVI.

Questa proposizione discende bene dalle antecedenti della sentenza; ma non dalle stabilite contra la sentenza. È notabile di più, che la medesima non niega, doversi nel silenzio del Codice Civile ricorrere nel regno al diritto romano; niega soltanto il silenzio del Codice stesso, che per tante vie si è da noi dimostrato vero.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che molto più sia erroneo il credere, che non sia in opposizione la sostituzione pupillare colle sanzioni dell' istesso Codice Civile sull' appoggio, che nulla abbia di comune colla sostituzione fedecommessaria, e perchè non contiene obbligo di conservare, e perchè non allaccia i beni, e non ne impedisce la circolazione; ch' è l' unico sconcio, che proibendo le sostituzioni, hanno voluto evitare le novelle leggi. Imperciocchè se per avventura, guardata secondo questo aspetto, può la sostituzione pupillare com-*

combaciar col Codice Civile, appalesa d'altronde, sotto tanti altri rapporti, la sua incompatibilità, e l'aperta sua contraddizione co' principj regolatori di quest a legislazione.

3. *E che vi sia perciò luogo a conchiudere a buona ragione, che la vantata sostituzione pupillare, o soffogata da' fedecommessi, tra' quali è avvolta, o colpita particolarmente dalle novelle leggi, sia rimasta annichilita ed estinta fin dal tempo dell' aperta successione del testatore Marchese di Ducenta.*

NOTA XXXVII.

È del pari notabile, che la sentenza in quest'altra parte riconosce, come la pupillare non contiene obbligo di conservare, non allaccia beni, non ne impedisce la circolazione. Dice soltanto, come questo non basta, essendo la pupillare incompatibile con altri principj del Codice; di che per altro abbiam noi fatto osservare il contrario.

Parole della sentenza.

La sostituzione pupillare non è stata ripristinata dalle ultime leggi Civili.

XVII. I. *Considerando, che le sanzioni del diritto novissimo formino il falso supposto della presente causa, perchè si dà per sicuro, che le leggi in vigore non solo abbiano ripristinata la sostituzione pupillare, ma l'abbiano ancora estesa sino all'anno decimottavo del minore, o sia fino al termine della piena pubertà; ed è perciò, che si aspira alla successione del Marchesino di Ducenta, malgrado che sia trapassato nella età d'anni diciassette di già compiti.*

Nota XXXVIII.

Passa la sentenza a disaminare, se le attuali Leggi Civili, sotto le quali è trapassato di anni diciassette e dieci giorni D. Salvadore Marchese di Ducenta, dieno al Marchese D. Niccola suo zio il bisognevole appoggio, per congiungere l'antico diritto, sotto cui la sua sostituzione fu scritta, col novissimo, sotto il quale la diciamo verificata.

2. *Che a distruggere però questa falsa supposizione sia sufficiente il testo dello stesso art. 945, che s'invoca in contrario, come quello che a colpo d'occhio appalesa, che le novelle leggi non altro abbiano permesso, che una semplice sostituzione fedecommessaria, d'indole e di qualità intieramente diversa dalla antica sostituzione pupillare. Verità che, se ogni altro argomento mancasse, sarebbe sufficientemente indicata dalla rubrica istessa del titolo, ove il citato articolo è registrato, che tratta la materia delle sostituzioni fedecommessarie.*

3. *Che disponga all'uopo la legge:* Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli, e le sorelle, possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoja senza figli, prima di compiere gl'anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni, ne' quali il minore sia stato istituito erede.

4. *Che sorgano dalle rapportate parole dell' art. 945 chiare e manifeste le più essenziali differenze tra la sostituzione, di cui si tratta, e l'antica sostituzione pupillare de' Romani.*

In

In primo luogo le leggi novissime ammettono a fare la sostituzione una classe ben lunga di persone, il padre, la madre, gli ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli, le sorelle. La sostituzione pupillare d'altronde competea soltanto al padre, o all'ascendente paterno, che avesse sotto la sua paterna potestà il pupillo, ed al tempo del fatto testamento, ed al tempo della morte.

In secondo luogo la sostituzione, di cui si tratta, non altrimenti è permessa, che istituendo erede il minore. La sostituzione pupillare all'opposto può farsi anche in persona del pupillo, che sia stato diredato.

In terzo luogo prescrive espressamente la legge, che la sostituzione abbia luogo ne' soli beni, nei quali il minore sia stato istituito erede. Il sostituto pupillare all'incontro prendeva ed i beni del padre, ed i beni proprj del pupillo.

NOTA XXXIX.

Le differenze, secondo la sentenza, tra la pupillare del diritto romano e quella delle nostre Leggi Civili, si riducono a queste. 1. La prima potevala ordinare il padre solo sul figliuolo in potestà, o sul nipo-

 te,

te, che fosse in potestà, e *suo erede*, cioè che non dovesse ricadere alla morte dell' avolo in potestà del padre proprio. La seconda è permessa agli ascendenti ed a stretti collaterali. 2. La prima poteva ordinarsi anche sul figliuol diredato; la seconda richiede, che s' istituisca erede il figliuolo. 3. La prima aveva luogo anche su' beni proprj del figliuolo, il che appare chiarissimo nel figliuol diredato; la seconda, sopra que' soli beni, ne'quali sia stato il figliuolo istituito. Dalle quali differenze la sentenza ricava, che la seconda sia fedecommessaria; e il conferma dal vedersi ella collocata sotto la rubrica delle fedecommessarie. Noi vedremo più sotto, che l'esser ella fedecommessaria non nuoce alla nostra causa; ma per verità non lo è.

Le notate differenze son tutte accidentali, e di quelle, che non alterano la natura della cosa. Si è di sopra osservato col Goveano, come la sostituzione, che si fa al mentecatto, al furioso, ossia la *esemplare*, si confonde non malamente colla pupillare. *Exemplaris substitutio, cum eadem ratione introducta sit, qua pupillaris, potest et ipsa dici pupillaris* (1). Ed il Vinnio, per tacer gli altri: *Po-*

(1) Nota XVI.

Potest substitutio exemplaris, quam vocant, αναλογως *referri ad pupillarem, et commodiore nomine appellari quasi pupillaris* (1). Or la esemplare si ordina non solo dal padre, o che abbia o che non abbia in potestà il figliuolo, ma dalla madre e dagli ascendenti paterni e materni eziandio; e non si ordina, se non sopra quel figliuolo, che sia stato scritto erede. Le differenze dunque di questa fatta sono gli accidenti della cosa, ma non ne costituiscon la essenza e la natura. La natura, la essenza della pupilare e della quasi pupillare è quella, che accenna Giustiniano nel dar la nozione della pupillare; *Ut, cum ejus aetatis sint filii, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* (2). Alle parole, *cum ejus aetatis sint filii, in qua sibi testamentum facere non possunt*, sostituite le seguenti: *Cum eo mentis habitu filii sint, ut sibi testamentum facere non possint*; ed avrete la nozione comune alla *pupillare* ed alla *quasi*, perciocchè difettuoso è l'abito della mente, sia del fanciullo, sia del mentecatto, che gli fa incapaci di testare; nel fanciullo per età, nel mentecatto per malattia.

La

---

(1) *Ad princ. Inst. De vulg. subst. Num.* 4.
(2) *Princ. Inst. De pupill.*

La fedecommessaria all' opposto si fa non per la incapacità di quello, cui si dà il sostituto, ma per altre ragioni; e quì consiste la essenzial differenza naturale fra le due sostituzioni.

Infine, che la pupillare del nostro diritto novissimo non possa aver luogo, se non sopra i beni, che derivano dal sostituente; è differenza anche accidentale, la quale restringe in questa sola parte la pupillare e la quasi pupillare antica.

Parole della sentenza.

5. *Che in termini così fatti si appalesi apertamente, come già si è detto, per fedecommessaria la natura di codesta sostituzione permessa dalle leggi in vigore, come quella, che importa una successione graduale de' beni pervenuti al gravato, de' quali il defunto ha disposto a vantaggio di una terza persona; giacchè questa appunto e non altra è la indole di ogni fedecommesso.* Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret, vel faceret. *Vinn. ad tit. Inst. De fideicommissis heredit. In princ.*

No-

Nota XL.

La differenza vera tra le due pupillari è quella, che si è spiegata nella nota precedente. In fatti quel, che la sentenza chiama *succession graduale*, si truova in apparenza, e non si truova punto nella pupillare vera. Sembra trovarsi in ordine a' beni, che dal padre sieno pervenuti al pupillo. Non si truova punto ne'beni proprj del figliuolo, i quali per altro son materia egualmente della sostituzion pupillare. Dunque il doppio grado, che parte ha luogo nella pupillare, e parte no, è un degli accidenti della cosa, non la sua sostanza. In quanto al *rogatus dare vel facere*, che ha luogo nel gravato di fedecommesso, è differenza di formola ossia di parole; e quindi anche accidentale, tosto che il gravato abbia la necessità dell'adempimento. E se la circostanza della formola sia da calcolarsi nella nozione del fedecommesso, il nostro articolo 945 delle LL. CC. non la contiene punto. Ivi non si distingue comando diretto da preghiera.

Pa-

6. *E che sorga da ciò, che le leggi novissime appalesino più chiaramente ancora delle precedenti, il divieto della sostitazione pupillare, perchè esse rompono quello apparente silenzio, che sembra, che serbi sull' oggetto il Codice Civile; e parlando della sostituzione, a cui può essere sottoposto un minore, non altrimenti la permettono, che nella forma, e ne' termini di un vero fedecommesso.*

NOTA XLI.

Il più, che si può dire in ciò del nostro diritto novissimo, si è, che abbia composta la sua pupillare, facendo un misto di diretto e di obbliquo; prendendo della pupillare antica e della esemplare, e se si vuole, anche della fedecommessaria; ed estendendo la pupillare nella età, che può riceverla, e nelle persone che possono ordinarla; tutto però col fine di far fare il testamento a chi per la età non potesse a se farlo punto, come fino a' 16 anni; e non potesse farlo per lo intero, come da' 16 a' 18. E questa essendo la idea predominante della disposizione, ne siegue, ch' ella più inclini alla pupillare antica, che alla fedecommessaria. Ma

Ma ciò nulla toglie alla causa della nostra sostituzione, ed ecco come. La pupillare novissima o è diretta, o fedecommessaria *juxta naturam* della pupillare, o fedecommessaria stretta. Se diretta, ossia tale, quale ce le dà il diritto romano, siamo fuori di quistione; perocchè sarebbe passata libera sotto il Cod. Civile, senza imbattersi in alcun divieto, attento il silenzio di quello; non portando ella gravame nè di conservare, nè di restituire; ed avrebbe messo capo, col verificarsi il suo caso, in una legge, che la sanziona espressamente. Se fedecommessaria *juxta naturam* della pupillare, si riduce ad un fedecommesso di residuo, come insegna il Gomesio; ad un fedecommesso cioè, che non contiene divieto di alienare, ossia obbligo di conservare; il quale similmente nulla ha di contrario al Codice Civile, che proibisce le sole disposizioni contenenti il doppio gravame di conservare e di restituire; ed è corso e corre in Francia liberamente col favore degli scrittori e de' tribunali. Se fedecommessaria stretta; in questo caso ci sarebbe luogo alla massima, che la permissione del più include quella del meno. *In eo, quod plus est, inest minus* (1). Per conseguenza, qualunque

(1) *L.* 21, *D. De reg. jur.*

que sia la natura della pupillare novissima, ella basta a fare utile quella, che si ritrova ordinata dal Marchese D. Ferdinando.

Ancorchè un vero e stretto fedecommesso si nasconda sotto la pupillare delle Leggi Civili, tanto più cresce in suo confronto il favor della nostra, che niun gravame contiene. Il silenzio, ch' elle rompono del Codice Civile, non è apparente, ma vero, come abbiam dimostrato; e il rompono per favorire la pupillare, dandole maggiore estensione e nelle persone, che possono ordinarla, e nella età, che può riceverla, e facendone un fedecommesso, contra la regola, secondo questa ipotesi.

Parole della sentenza.

XVIII. 1. *Considerando, che, svanita la pretesa sostituzione pupillare rianimata dal diritto novissimo, cessi per inevitabile conseguenza il nesso, col quale si tenta di riunire il tempo del fatto testamento con quello dell'aperta successione del Marchesino di Ducenta; attesochè non è possibile di ligare, e di connettere insieme due sostituzioni d'indole tutta diversa. Ed in vero la sostituzion pupillare, diretta nella sua origine, mal si annoda con una sostituzione fedecommessaria, perchè diverrebbe ibrida in mezzo del*

del suo corso, e costituirebbe in certa guisa un mostro legale.

NOTA XLII.

È sentenza comune degli scrittori e del foro, abbracciata e giustificata dottamente dal GOMESIO nella sua matura età, dopo averla giovine combattuta; che la pupillare nullamente ordinata, come diretta, si abbia ad eseguire, come indiretta e fedecommessaria, ma *juxta sui naturam*, cioè per lo residuo. Anche i giureconsulti del Belgio, dove la pupillare vera, ossia diretta, non è ricevuta, convengono nel suo rivolgimento in indiretta e fedecommessaria, come nella nota XIX si è veduto, sulle testimonianze del VINNIO, del VOET, del GUDELINO, ec. ec. Nata cotal dottrina per sostenere la volontà dell'uomo, non ostante, che per ignoranza si fosse egli messo in opposizion della legge, ordinando una pupillare senza potestà di farla, o sopra figliuoli emancipati o impuberi al tutto estranei, ha una forza di lunga mano superiore per una volontà, che nello ordinarla non si sia dipartita da' dettami della legge di allora, e che s'imbatta per caso in qualche variazion successiva di diritto, che non era possibile

pre-

prevedere. Or questa inconcussa dottrina, che volge la diretta in indiretta, contiene appunto quell'*ibrido*, che nella sentenza si dà per assurdo e per mostruoso. Ma tolti via i colori rettorici, che di più naturale e semplice si può trovare del mostro preteso? Il giudice pregato a pronunziare sopra la volontà chiara d'un testatore, che non ha tutta la forma d'una data legge, ma che sta bene colla forma di un'altra, le presta la forma conveniente, fondato sulla presunzione, che ogni disponente si reputa aver voluti tutti quei mezzi, che conducessero la sua disposizione al suo fine, benchè non tutti gli avesse espressi. Quindi la esegue per quella via, che la legge le ha aperta. E così praticando nel nostro caso, fa quello, che insegna il giureconsulto SCEVOLA nella legge 76 *Ad SC. Trebellianum*; dove una sostituzion pupillare, scritta dal padre in un codicillo, e quindi inutile, *benigna interpretatione* si volge in fedecommessaria, e fassi eseguire dalla madre, erede legittima del morto pupillo. Ecco approvato testualmente l'ibrido, ossia la doppia natura condannata dalla sentenza. Sostituzione nata diretta si eseguì come indiretta. Un requisito pare ci voglia, ad ottener la obbliquazione, cioè che la persona, a cui si sostituisce, sia per la età e per la sua condizione, capace di ricever

ver la pupillare, come n' è stato capace fino alla sua morte il Marchesino di Ducenta. In caso contrario la obliquazione era un privilegio militare, come nella *L. 15, D. De vulg. et pupillari*; dove un centurione aveva sostituito pupillarmente fino agli anni venticinque del figliuolo. In quel caso la stessa sostituzione si eseguiva, come diretta fino agli anni 14, e d' ivi fino a' 25, come obbliqua.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che egli sia vero, non ostante l'opinione contraria di qualche interprete, che la sostituzion pupillare possa in qualche caso obbliquarsi in fedecommessaria; ma non si possa perciò ammettere l' assurdo, che sia ella dimezzatamente e pupillare e fedecommessaria; e ritenendo l' antica natura fino ad un certo termine, possa di là in poi trasformarsi in fedecommesso.*

NOTA XLIII.

La obbliquazione della pupillare viziosa soltanto di forma non è la opinione di qualche interprete, ma la dottrina comune e della cattedra e del foro; an-

anzi la disposizione testuale del diritto, come nella precedente nota si è veduto. L' *assurdo dimezzamento*, di cui qui parla la sentenza, è il necessario effetto, come anche si è visto, dell' obbliquazione. Una sostituzione scritta, come diretta, si esegue, come indiretta. Ci è altra trasformazione, che questa? E questa appunto è il trovato della *benigna interpretazione* di SCEVOLA. Nel caso poi del militare testè citato, la sostituzione si eseguiva parte come diretta, e parte come indiretta, ch' era un vero dimezzamento d' una stessa cosa.

PAROLE DELLA SENTENZA.

3. *Che abbia pur luogo la obbliquazione della sostituzione pupillare di Folgori in sostituzione fedecommessaria nell' incontro delle novissime leggi; ma nel tempo stesso, coerentemente a' principj del diritto, si faccia risalire questa obbliquazione alla sua origine, e fino al tempo del fatto testamento.*

4. *E che ne sorga allora per conseguenza, che si dilegui in un tratto la pretesa sostituzione diretta, di cui si è detto, che non abbia inficiato col suo contagio il testamento del Marchese di Ducenta, e molto meno abbia incontrato l' ostacolo del*

del sopravvenuto Codice Civile. Imperciocchè al-lo opposto, trasformata la sostituzione pupillare in fedecommesso, il diritto del sostituto pupillare è morto nel nascere, ed insieme colla sostituzione è rimasto annullato il testamento stesso, in cui era contenuta.

Nota XLIV.

Qui fa trasparir la sentenza, in che maggiormente creda impossibile la trasformazione ossia la obbliquazione della nostra pupillare; ed il concetto, se non erriamo, è questo. Obbliquata la diretta, tale obbliquazione si retrotrae, ed hassi fin dapprincipio per obbliqua quella sostituzione, che nacque diretta. Ora nella spezie tal retrotrazione non potrebbe aver luogo; perchè a salvare la nostra sostituzione dal divieto e dalla minacciata nullità del Codice Civile, uopo è sostenerla diretta per tutto il tempo, che quel Codice è stato in vigore. Ma lasciando stare, che la supposta retrotrazione non è necessaria, nè la legge 76, *Ad SC. Trebellianum*, che introdusse la obbliquazion della pupillare, ne porge alcuno argomento; nel caso nostro si può dare ottimamente la retrotrazione, se alcun la esiga, senza che la causa ne

ne perda, come suppone la sentenza. Imperciocchè s' è da noi osservato nella nota XLI, §. ultimo, che se la pupillare dell' articolo 945 delle LL. CC. sia fedecommessaria stretta, cioè contenente i due gravami di conservare e di restituire, tanto maggiormente debba prestare il suo favore ad una pupillare obbliquata *juxta sui naturam*, cioè senza il gravame della conservazione. Quindi o la pupillare novissima è diretta, e non c' è uopo di obbliquare la nostra; o è fedecommessaria *juxta naturam* della pupillare, cioè fedecommessaria di residuo, e la nostra sarà obbliquata in questo modo, che nulla ha di opposto al Codice Civile, il quale non vieta il fedecommesso di residuo; o è fedecommessaria stretta, ed anche in questo caso conviene con essa la fedecommessaria di residuo, in quanto il fedecommesso di residuo, come più lieve del fedecommesso stretto, è incluso nella permissione del fedecommesso stretto. A buon conto la obbliquazione in fedecommessaria di residuo schiva il divieto del Codice Civile; e va incontro al maggior favore delle Leggi Civili, che permettendo il più dianzi vietato, non possono non esser maggiormente propizie al meno non vietato giammai.

PA-

PAROLE DELLA SENTENZA.

XIX. 1. *Considerando, che non sia poi in verun modo possibile il far valere una sostituzion pupillare dopo gli anni della pubertà, per reclamare la successione di un minore morto dopo compito l'anno decimosettimo: giacchè se può avvenire di portar salva ed illesa la combattuta sostituzion pupillare fino all' incontro delle leggi novissime; e se può avvenire ancora di vindicarla da ogni attacco sotto l'impero delle medesime; non potrà avvenire però, che questa sostituzione sopravviva oltre il periodo, che le ha segnato la legge.*

NOTA XLV.

Ecco un' altra difficoltà della sentenza. Come si estenderà fino agli anni diciassette e dì dieci una sostituzione ordinata pe' quattordici, ossia *oltre il periodo stabilitole dalla legge?* La risposta è facile. Il periodo stabilito dalla legge, se si parla della romana, non è degli anni quattordici o dodici, se non per *consequens*; ma comprende per sua intenzion primaria tutta quella età, *in qua (filii) non possunt si-*

sibi ipsi facere testamentum (1). Quindi gl'interpreti hanno insegnato, che dove lo statuto abbia fatta più lunga la età incapace di testare, per questo solo venga allungata la durata della pupillare. Uno de' più profondi trattatori della materia, com'è il GOVEANO, scrive: *Circa secundum, quod* BARTOLUS *requirit, ut sit impubes, cui fit pupillaris substitutio; quaerit, si statuto et lege municipali caveatur, ut minor viginti quinque annis testari non possit, substitui pupillariter filio possit; et ita substitui, ut paterfamilias effectus, decedens intra XXV annum heredes habeat, quos ei pater dedit. Ad quam quaestionem* BARTOLUS *obscure respondit, ut vix intelligi possit. Ego respondeo substitui posse, si intra XXV annum filius decedat: sed natis postea liberis, extingui eam substitutionem, ut et illam, quae furioso fit. L. Ex facto, infra eod. L. Humanitatis, C. Eod. Et directam eam fore substitutionem, non fideicommissariam, uti* BARTOLUS *existimat. Ubi enim eadem ratio est, idem jus statui oportet* (2). E SCIPIONE GENTILE, altro gravissimo scrittore fra' pochi, che han trat-

(1) *Princ. Inst. De pupill.*

(2) *De vulg. et pup. Ad l. 2, §. 5.*

trattata la materia di proposito: *Pupillariter substitui non licet ultra annos pubertatis, idest quatuordecim vel duodecim, ut recte* BARTOLUS, *quem alii sequuntur, censuit . . . Nisi tamen municipali lege pubertas extenderetur ad plures annos, quam XIV vel XII. Tunc enim liceret usque ad illud tempus pupillariter substituere, sicut olim apud Germanos; quorum longissima erat pueritia, ut* POMPONIUS MELA, *sive inexhausta pubertas, ut* CORNELIUS TACITUS; *maximaeque laudis erat impuberem diutissime permansisse* (1). Il ZAZIO si spaccia di questa quistione in più poche, ma molto energiche parole: *Pubes aetas interimit substitutionem pupillarem . . . Et hoc tempus intellige, cum filius potest testari* (2).

Ma noi siamo in un caso, nel quale conviene a pro nostro anche chi tiene fuor delle nostre circostanze la opposta opinione. Il caso nostro è quello dello statuto, che comprende espressamente due cose, allungamento della incapacità di testare, ed allun-

(1) *De pupill. subst. Cap. II, ut sit impubes.*

(2) *Ad L. 4, D. De vulg. et pup. Num.* 1 *et* 2.

lungamento della pupillare; ed in tal caso niun scrittore è, che si fermi agli anni quattordici e dodici (1). Si vegga la nostra difesa del Marchese D. Niccola, dove sono esposti fino a dodici argomenti e di diritto e di fatto per la prorogazione della nostra pupillare.

Aggiunghiamo quì, che il mezzo della sua obbliquazione, sempre *juxtà sui naturam*, aggiugne un nuovo ed altro gran peso al nostro assunto. Imperciocchè trattasi di fedecommesso (fedecommesso di residuo, acciocchè si scansino gli equivoci), il quale prende tutta la sua forza dalla volontà. Or la volontà del nostro testatore è in ciò chiarissima. Non ha egli ristretta la sua sostituzione a niun dato numero di anni; ma bensì ha detto „ *Morendo in età pupillare ab intestato*. Questo modo di dire importa manifestamente tutto quel tempo, in cui l' uomo per difetto di età muoja necessariamente *ab intestato*. Se le nostre leggi avessero ristretta questa età, non sarebbesi perciò ristretta la nostra pupillare? Dunque avendo allungata fino a' diciotto anni la incapacità assoluta di testare, esisten-

(1) *Bachov. ad Treutlerum Tom. II, De subst. pupill. Disput. XI.*

stendo la pupillare (perchè senza questa la incapacità sarebbe per una metà sola), non si può, senza contraddire a' principj, restringere l'analoga estensione della nostra.

Parole della sentenza.

2. *Che qui convenga osservare, che doppia sia la ragione, per la quale la sostituzione pupillare svanisca all'apparir della pubertà. La prima, perchè allora il pupillo, toccando la età minore, acquista la libera fazione del testamento. L'altra, perchè colla pubertà divien capace di contrarre matrimonio, e di avere degli eredi dalla natura istessa in persona de' figliuoli.*

Nota XLVI.

La sentenza riporta ad un' altra cagione la pretesa improrogabilità della pupillare oltre gli anni quattordici ne' maschi; cioè alla capacità di contrar matrimonio, e di aver figliuoli dalla detta età in poi. Ma si è veduto nella nota precedente, che gli scrittori da noi addotti non han trascurata questa circostanza, e fan cessare la sostituzione, ove quegli, a

cui sia stata fatta, trapassi con prole. La qual cosa è sommamente legale. Ella è non solo appoggiata alla celebre *conghiettura di pietà di* PAPINIANO, che prevale alla sostituzione fedecommessaria, ove il gravato lasci figliuoli (1); ma è fondata soprattutto ne' principj nella nostra propria materia. La quasi pupillare di GIUSTINIANO, fatta al mentecatto, porta nel corpo del diritto questa eccezione, in favore dei figliuoli del mentecatto (2). Il privilegio militare, che permetteva la pupillare oltre gli anni quattordici, aveva similmente per condizione, *si* (*filius*) *intra vicesimum quintum annum sine liberis vitâ decesserit* (3). E il nostro articolo 945 delle LL. CC. il quale non è stato fatto alla ventura, trasporta espressamente la detta eccezione al caso analogo del minore, *che muoja senza figli*. Che difficoltà dunque rimane dalla capacità di aver prole, se le leggi della materia vi han provveduto? Se il marchesino di Du-

(1) *L. Cum avus*, *D. De condit. et demonstr. Et L. Acutissimi. C. De fideic.*

(2) *L.* 9, *C. De impuberum et aliis substitutionibus.*

(3) *L.* 11, *D. De vulg. et pup.*

Ducenta avesse lasciato prole, la sostituzione a lui fatta sarebbe svanita. Ma ella regge, essendo egli trapassato senza prole.

Parole della sentenza.

3. *E chè questa ultima ragione della possibilità appunto, in cui è il minore di avere de' figliuoli, abbia indotta la più sana parte degl' interpreti ad opinare, che non possa essere lecito al padre il trasportare la sostituzione pupillare al di là della pubertà, quando anche vi sia uno statuto particolare, che abbia fissato il tempo di far testamento in una età più provetta:* Et breviter dico quod non (*così il* Gomesio) quia quando aliter, quam ex defectu pupillaris aetatis filius impeditur testari, non reperitur in jure cautum, quod pater possit ei substituere. Item quia in illa aetate regulariter potest habere filios, pro qua sententia, et conclusione facit bene textus in L. Ex facto, infra isto tit. text. in L. Humanitatis Cod. eod. et tenet expresse Bartolus in L. 2. infra isto tit. 2. column. Et super eo tenent comuniter doctores. *Variar. Resolut. Cap. IV. n.* 5.

No-

Nota XLVII.

Il Gomesio si è fermato poco in questo punto, come si può vedere, scorrendo il suo testo. Per altro suppone uno statuto, che abbia allungata soltanto la incapacità di testare, ma non insieme la durata della pupillare. Nè poteva farsi carico della pupillare del nostro articolo 945. Questo articolo fa per noi tre cose; allunga la pupillare; allunga la incapacità di testare, quando la pupillare vi sia, fino a' 18 anni; provvede alla prole del minore, perchè la pupillare novissima non pregiudichi a lui.

Parole della sentenza.

XX. 1. *Considerando, che invano s' invochi il soccorso delle leggi novissime, perchè se non è vero, che le medesime abbiano ripristinata la sostituzion pupillare, molto meno può essere vero, che ne abbiano estesa la durata.*

Nota XLVIII.

Nella nota XXXIX è dimostrato a lungo, che le differenze fra la pupillare delle nostre LL. CC. e quel-

e quella del diritto romano consistono tutte in accidenti, e che in sostanza la pupillare antica vi è riprodotta ed ampliata.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che non vaglia all'uopo l'aver permesso l'articolo 945 delle leggi civili di sostituire ad un minore sino all'anno diciottesimo di sua età. Dappoichè in nulla può influire una sanzion permissiva della legge, la quale può aver luogo dal tempo della sua pubblicazione in avanti, su di una sostituzione pupillare, disposta sotto l'impero del diritto romano.*

NOTA XLIX.

Noi non facciamo retroagire l'articolo 945, che bene il potrebbe, essendo *statuto personale.* Ma soltanto fondati sulla volontà manifesta del testatore di volere il fratello per successor de' figliuoli, ove questi morisse intestato per difetto di età, diciamo: Cessato il diritto romano, quando ancor viveva il testatore, e quando il figliuolo era bambino; e sottentrato il diritto francese, il quale estese la incapa-

 cità

cità di testare per lo tutto fino agli anni sedici, e per la metà fino a' ventuno, senza che il testatore avesse variata la sua disposizione; la durata della ordinata pupillare per effetto di quella volontà, da cui prendeva origine, si venne di per se stessa a protrarre a' sedici ed a' ventuno. Contando il Marchesino di Ducenta anni tredici, mesi nove, e giorni ventitre all' epoca delle nuove Leggi Civili, la nostra pupillare, che avrebbe potuto scorrere per una metà fino a' ventuno, restò abbreviata a' diciotto. Nel che la volontà del sostituente sofferse restrizione, e soltanto ne fu compensata colla repristinazione del suo effetto in tutta la eredità fino a' diciotto, che sventuratamente il figliuol non compiè.

PAROLE DELLA SENTENZA.

Ed in fatti riceve la sostituzione permessa dalle novelle leggi la sua durata dalla volontà del testatore, che impone il gravame. L'altra l'ha già ricevuta dalla legge imperante al tempo, in cui fu scritta; e se una legge posteriore non ha espressamente prolungato il suo periodo, ella si arresta negli antichi limiti, e sparisce appena cessa nel minore lo impedimento a testare, o ad avere un erede nel proprio figliuolo. No-

Nota L.

Differenza gratuita tra la pupillare antica e la nuova. Se la nuova riceve la sua forza dalla *volontà del testatore*, che la impone; come non la riceveva del pari l'antica dalla volontà di chi la ordinava? L'una e l'altra è permissiva; quindi concorrono in ambe la volontà della legge e quella dell'uomo.

In quanto alla durata, la pupillare antica non poteva trapassare gli anni della impubertà, ma poteva esser minore (1). Similmente la pupillare delle Leggi Civili non può trascorrere i diciotto anni; ma non si vieta di restringerla a tempo minore.

Così l'una, come l'altra volontà è fondata sulla incapacità di testare per difetto di età. Accrescete o diminuite gli anni incapaci, la incapacità è sempre la stessa; ed il numero degli anni viene sempre *per consequens*. *Sparisce* (la pupillare) *appena, che cessa nel minore l'impedimento a testare*; è proposizione giustissima. Ma non lo è del pari, *appena che cessa l'impedimento ad avere un erede pel proprio figlio*. Imperciocchè il potere avere un figliuolo

 per

(1) *L. . . . D. De vulg. et pup.*

per erede non è lo stesso, che averlo; e l'averlo, non il poterlo avere è ciò, che allontana gli eredi sospetti e inopportuni, ch'è il gran vantaggio ed il fin della pupillare.

PAROLE DELLA SENTENZA.

3. *Che se pupillare è la sostituzione, che allega D. Niccola Folgori, non sia possibile l'intendere, come se ne possa continuare a pretendere la durata, non ostante che il Marchesino di Ducenta sia morto, quando non era più pupillo, e quando era divenuto fin dall' anno quattordicesimo capace di contrarre matrimonio; e quel, che è più, aveva acquistato ancora nell' anno decimosesto la libera fazione del testamento per una metà de' suoi beni.*

NOTA LI.

È risposto a ciò colle note precedenti. La circostanza, su cui qui la sentenza più fonda, è che dopo il XVI anno poteva il Marchesino di Ducenta testare per metà. Ma qual sarebbe la conseguenza di questa proposizione? Se non c' inganniamo, è visibilissima. Come dalla metà si conchiude al tutto?

Non

Non è ciò un dare maggiore ampiezza alla conseguenza, che alle premesse? In secondo luogo, poteva il Marchesino testare per una metà, se non fosse stato munito di sostituzione? Veggasi la nota XLVII.

PAROLE DELLA SENTENZA.

4. *E che valga poi, per compimento della dimostrazione, l'osservare nel fatto, che nel segnare il termine della vantata sostituzione, si accordi colla legge la volontà ancora del testatore, il quale non ha dato diversamente un sostituto al figliuolo, che morendo* in pupillari aetate ab intestato; *volontà, che risultà tanto più chiara, quantochè egli scriveva il suo testamento sotto l' impero di una legislazione, che gli permetteva a suo talento il prolungare l'imposto gravame, durante tutto il corso della vita, con un fedecommesso* si sine liberis.

NOTA LII.

Anzi la volontà del testatore e quella della legge cospirano amicamente per protrarre la nostra pupillare oltre gli anni quattordici, come si è più volte no-

notato. La legge antica faceva terminare la pupillare a quella età, *qua ipsi sibi (filii) testamentum facere non possunt*. Il testatore non ha indicati nè i dodici, nè i quattordici anni; ha posto per condizion della sua disposizione la *morte intestata del figliuolo in età pupillare*; espressione, che comprende letteralmente tutto il tempo, in cui per la età non si possa far testamento. Ma egli allora (si dice) non potè avere in mente, che gli anni quattordici. Sia, ma come idea accessoria e conseguente, perchè la legge allora si fermava a quella età. La idea principale e dominante era quella della età incapace; ella formava il motivo della disposizione; e da essa vuolsi spiegare la volontà.

Un esempio famoso di questo modo di argomentare l'abbiamo nella legge ultima delle Pandette, *De heredibus instituendis*. Pattumejo Androstene istituì erede Pattumeja Magna, cui sostituì il padre. Ucciso costui, fu recata novella al testatore, che anche la figliuola fosse morta. Rifece egli quindi il suo testamento con questo proemio: *Quia heredes, quos volui habere mihi, continere non potui, Novius Rufus heres esto*. La donna, che non era morta, ebbe ricorso agl' Imperadori; e fu dichiarato, che la eredità si appartenesse a lei, *perinde ac si in* po-

posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. Or fingasi, che il testatore Marchese di Ducenta avesse avuto in pensiero gli anni quattordici del figliuolo, e vi si fosse fermato, come Androstene si fermò al nuovo erede. Se ne vuole di più? Penetriamo nella sua mente, e vi leggeremo questo discorso: *Poichè dopo gli anni quattordici e non prima, può mio figlio eleggersi egli un erede, io gliel destino, se verrà a trapassare dentro la detta età.* Qual mai è la legal conseguenza di sì fatto discorso? Che se la incapacità fosse scorsa più oltre, più oltre doveva durare la sostituzione; *perinde ac si in posterioribus tabulis*, dopo mutato il diritto, avesse il testatore rifatta la sostituzione, e accomodatala al diritto nuovo.

Ma le differenze fra 'l caso di Pattumejo Androstene e 'l nostro sono grandi e palpabilissime in nostro pro. Quel testatore aveva nella sua dispositiva scritto un erede diverso. Il nostro non ha punto espresso nella sua disposizione età diversa da quella, che noi sostenghiamo. Aveva detto, età pupillare, età incapace di far testamento; e questa espressione includeva ed include ogni età, che la legge faccia incapace. Anzi, se le parole de' testatori si debbon [illegible] ri-

riportare al tempo della morte; quando il Marchese D. Ferdinando morì, età incapace di testare sonava anni sedici per quantunque si fosse picciola disposizione, ed anni ventuno per la piena.

In secondo luogo, per tacer d' altro, la materia della istituzione è di stretto diritto; e forse è l' unico caso della tacita istituzione quel della legge recata. Ma la sostituzion pupillare è d' interpretazione estensiva. Infatti la volgare espressa basta ad indurre la pupillare tacita. (1); gl' Imperadori da' pupilli l' hanno estesa a' mentecatti ed a' furiosi (2); gl' interpreti da costoro l' hanno estesa a' sordi e mutoli, ed a' prodigi (3). E se si è passato legalmente da caso a caso, e da persone a persone per ragion simile; non si passerà da età ad età nella persona stessa, per ragione identica? *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* (4). Infine la pupillare espressa compren-

---

(1) *L. 4, D. De vulg. et pup.*

(2) *L. 43, D. De vulg. L. 9, C. De impuberum et aliis substitutionibus.*

(3) *Vinn. ad §. 1, Inst. De pupill. Num.* 3.

(4) *Govean. De vulg. et pup. Ad L. 2, §.* 5.

prende per la interpretazione del foro, la quasi pupillare, ossia la esemplare tacita (1). Quì son tutti i passaggi rigettati dalla sentenza; da caso a caso, da età ad età, e dalla circostanza di non potere aver de'figlinoli al potere averne. Dunque se il Marchesino di Ducenta per colmo delle sue disgrazie, nella stessa età, fosse morto demente, caso, a cui il padre non pensò mai, sarebbe valuta la pupillare del padre; e non varrà, essendo egli morto in una più lunga incapacità di far testamento, per cagion della sola età, ch' è l'accdiente appunto, cui espressamente il padre provvide?

Parole della sentenza.

Osservazioni sulla teoria de' tempi intermedj.

XXI. 1. *Considerando, che risultando dalle idee finora sviluppate, che inutilmente si vada rintracciando tra le sanzioni delle leggi novissime il ripristinamento della sostituzione pupillare, ed il suo pro-*

 lun-

(1) Richerius *in Jurisprud. Civ. Tom. VI, De pupill. subst. Num.* 1622.

lungamento sino all' anno decimottavo del minore; riesca perfettamente ozioso per la causa, l' esame della teoria de' tempi intermedj, in quanto più o meno influiscano sulla validità di una testamentaria disposizione.

Nota LIII.

La sostituzion del Marchese D. Niccola fu sostenuta in prima istanza per due vie; l' una ipotetica, l' altra positiva. La positiva si fu, che non essendo proibita dal Codice Civile la pupillare, la nostra si trovava d' accordo col diritto romano, sotto il quale fu scritta; con quello del Codice suddetto, sotto cui fu pubblicata; con quello delle attuali Leggi Civili, sotto cui si è verificata ed aperta. La ipotetica fu, che supponendo contrario il Codice Civile alla nostra pupillare, bastava ad essa il favore della legge de' due tempi, sotto i quali si era scritta e verificata; nulla nocendole il supposto divieto del tempo intermedio. Questa parte della nostra difesa è quella, cui qui prende la sentenza a rispondere.

Parole della sentenza.

2. *Che giovi nondimeno sviluppare poche idee di diritto su di questa disputa tutta ipotetica, non tanto, perchè se ne rilevi sempre più la inefficacià della vantata sostituzione pupillare, quanto per portare qualche analisi su di un argomento, di cui spesso si fa uso intorno a' fedecommessi contenuti nel testamento del Marchese di Ducenta; sostenendo, che sieno condizionali, e per conseguenza debbansi regolar colle leggi del tempo dell' avvenuta condizione, e non della morte del testatore.*

Nota LIV.

La dottrina della innocenza del tempo intermedio serve anche a rimuovere la nullità indiretta, che da'fedecommessi si pretende passata alla pupillare; e l' argomento è questo. Se quando fu scritto il testamento, i fedecommessi si ordinavano valevolmente (tanto è lungi, che potessero invalidare le istituzioni, e le principali disposizioni, cui erano annessi); se al tempo della nostra verificata pupillare, la legge tien distinte le sostituzioni fedecommessarie dalle disposi-

zioni principali, e lontana da queste la nullità di quelle; la pretesa comunicazione della nullità da' fedecommessi alle disposizioni principali svanisce anche in virtù del principio, *Media tempora non nocere*. La sentenza dunque discende alla disamina di questo argomento, per sempre più confermare la nullità indiretta della nostra pupillare. Ma poichè tal pretesa nullità è stata da noi per tante vie confutata, non ci brigheremo più di essa nel resto di queste note; e ci restringeremo a far vedere, come la difesa ipotetica della pupillare, fondata sulla innocenza del tempo intermedio, è così salda, come la positiva.

PAROLE DELLA SENTENZA.

XXII. 1. *Considerando, che sia un assioma, che trionfa tutto giorno nelle discussioni del foro, che nelle disposizioni di ultima volontà le solennità esterne prendan norma dalle leggi del tempo del fatto testamento; le interne poi soggiacciano all' impero delle leggi in vigore all' epoca dell'aperta successione.*

2. *Che i principj elementari, su' quali poggia questa inconcussa teoria, debbansi attingere dalle regole, che stabilisce la legge sulla capacità, così del testatore, che dell' erede.*

3. *Che*

3. *Che in quanto al testatore, sia noto in diritto, che due sono gli estremi, i quali regolano la di lui capacità, cioè quello del fatto testamento, e l'altro della sua morte.*

N o t a LV.

Che il testatore debba esser capace al tempo del fatto testamento, è regola senza eccezione. Che debba esserlo al tempo anche della morte, ha le sue eccezioni in molti casi; cioè nel caso del furore sopravvenuto al testamento fatto; nel caso della perdita anche sopravvegnente della loquela e dell'udito; nel caso della interdizione, che s' irrogava al prodigo, il quale avesse prima testato; nel caso della prigionia e morte *apud hostes*, seguita al testamento fatto in patria (1). Al contrario la servitù della pena, la deportazione, la perdita della qualità di padre di famiglia per arrogazione, durate fino alla morte, rendevano vano il testamento fatto prima valevolmente (2). La ragione di tal differenza la vedremo

(1) §§. 1, 2, 3, 5, *Inst. Quibus non est permissum facere testamentum.*

(2) §. 6, *Inst. Eod.*

appresso; e vedremo, come il caso nostro non cade nella classe di questi secondi.

PAROLE DELLA SENTENZA.

4. *Che, in quanto poi all' erede, la sua capacità nelle istituzioni pure soggiaccia, come quella del testatore, agli estremi medesimi, e del fatto testamento, e dell'aperta successione. Nelle condizionate poi sia scisso il parere degl' interpreti, richiedendo taluni la capacità dell' erede al tempo e del fatto testamento, e dell'avvenuta condizione, senza tenere conto alcuno del tempo della morte del testatore; e sostenendo altri con maggior filosofia legale, che sia necessario l' attendere tutti e tre questi estremi; e ciò perchè, per finzion di legge, il tempo dell' avvenuta condizione si retrotrae, e si congiunge col tempo della morte del testatore:* Nam si tempore facti testamenti (*osservò a proposito* V*INNIO*) id exigitur, fortiori ratione id exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: et jam dictum est, tempus conditionis exsistentis retrotrahi ad tempus mortis, et cum eo conjungi, uti et tempus aditae hereditatis. *VINN. ad §. 4. Istit. De heredum qualit. et different. Num. 7.* No-

NOTA LVI.

Sia o no scisso il pensare degl' interpreti circa la capacità dell' erede al tempo della morte del testatore, certo nondimeno si è, che la sentenza la più comune, e la ricevuta in tutti i tempi nella materia delle istituzioni condizionali, non conta il tempo della morte del testatore. È stato ciò da noi dimostrato nella difesa del Marchese D. Niccola, colle autorità della Chiosa, di Giovanni Fabbro, dell' Ottomano, di Dionigi Gotofredo, del Cancellier d' Aguesseau, del Toullier ec. ec. (pag. 76–98).

Parole della sentenza.

5. *Che ritornando al testatore, sul quale cade particolarmente la disputa, convenga far distinzione tra incapacità assoluta, che vien dalla legge, ed impedimento semplice, ed accidentale di poter testare, che nasce dalla persona.*

6. *Che nel primo caso il testamento, abbenchè regolarmente fatto, quando il testatore n' era capace, vada a ricadere nel nulla, se egli muore nello stato d' incapacità. Nell' altro poi l' impedimento, che so-*

sovraggiunge, nulla tolga di forza al già fatto testamento.

7. *E che da ciò avvenga, che crolla il testamento di chi soffra diminuzione di capo; e si sostenga poi quello del prodigo, e del furioso, fatto quando il testatore era di sana mente. Crolla il primo (quando se ne voglia conoscere la ragione), perchè il testatore, colla diminuzione di capo, cade per legge nello stato di non poter fare un testamento, e di non potere avere un erede. Si sostiene il secondo, perchè il prodigo, o il furioso, se è impedito a fare testamento, non è impedito a poter avere un erede in virtù del testamento già fatto.* Vide VINN. ad §. 1. Instit. Quibus non est permiss. facere testam.

NOTA LVII.

La differenza tra *incapacità assoluta, che vien dalla legge, ed impedimento semplice ed accidentale di poter testare, che nasce dalla persona*, quasi la prima fosse più forte, che la seconda, non è fondata in ragione. La mancanza del senno nel demente fa una incapacità essenziale, che viene dalla natura, e che la legge non può vincere; molto maggiore di quella del figliuol di famiglia e del peregrino, cui la

la legge potea derogare, come le leggi delle moderne nazioni han fatto. Nondimeno il furore sopravvenuto, e durato al tempo della morte, non toglieva il testamento fatto, come il toglieva ogni deminuzione di capo. La influenza dunque del tempo della morte viene altronde, che dal vedere, se la incapacità proceda *ex lege*, o pure *ex persona*.

Viene ella dall' impedire o non impedire l' effetto del testamento. Spieghiamoci. Un testatore, che datosi in arrogazione, perdeva la qualità di padre di famiglia, ed assumeva quella di figliuolo di famiglia adottivo (ch' era la minima *deminuzion di capo*), diveniva incapace di avere un patrimonio, e di avere un erede. Quindi il testamento prima fatto, non potendo avere il suo effetto al tempo della sua morte, diventava irrito. Così que' testatori, che per deportazione, o per servitù di pena, in cui cadessero (ch' eran *la media e la massima deminuzion di capo*), perdevano in uno colla capacità di disporre la disposizion fatta; perchè questa non poteva più alla lor morte sortire il suo effetto, non potendo nè il peregrino, cui il deportato si assomigliava, nè il servo avere eredi. Per contrario il furore sopravvenuto, la perdita della loquela e dell'udito, la interdizione, non togliendo il lor patrimonio a quelli, cui tai

disgrazie fossero sopraggiunte, e lasciando quindi intatta la possibilità dell'effetto a' testamenti dianzi fatti, non nocevano agli stessi testamenti, ancorchè i testatori morissero in istato da non poterne far de' novelli. Allo stesso modo la prigionia fra' nemici non era d'impedimento al testamento fatto in patria, poichè la legge Cornelia salvava il patrimonio al prigione. Il tempo della morte, dice espressamente GIUSTINIANO, va valutato, *ut testamentum effectum habeat* (1). Dunque l'*effetto*, secondochè sia possibile o impossibile, è la chiave di tutte queste varietà.

E generalmente la validità di tutti gli atti, sieno a causa di morte, sieno tra vivi, dipende dallo avere la legge a pro loro al tempo dell'effetto. *Actus judicatur validus vel invalidus juxta tempus, in quod ejus effectus confertur.* Così la CHIOSA (2); così tutti gli scrittori. Si vegga la nostra difesa del Marchese Folgori, pag. 107 — 110.

Di qui è nata la teorica delle istituzioni condizionali. Se al tempo della condizione avverata, il testamento può avere il suo effetto; la legge trascura le

(1) §. 4, *sup. cit. Inst. De heredum qualitate.*

(2) *Ad L.* 62, *D. De heredibus instituendis.*

le inabilità del tempo della morte del testatore. Ponete un testamento ben fatto in principio, ma con istituzione condizionata. Ponete, che il testatore sia divenuto furioso, e così morto. Ponete, che l'erede al tempo della morte del testatore si fosse trovato in deportazione, ma tornato a' diritti civili al tempo della condizione avverata. La istituzione potendo avere il suo effetto, di nulla soffre dalla doppia incapacità, sì del testatore, sì dell' erede, doppia incapacità al tempo della morte del testatore.

Parole della sentenza.

XXIII. *Considerando, che adattando i già stabiliti principj alla specie in contesa, egli convenga dire, che il divieto della legge equivalga, in quanto alle disposizioni proibite, ad una parziale incapacità del testatore, che relativamente alle medesime lo rende privo della fazione del testamento. E che sorga da ciò, che se la legge imperante, al tempo della morte del testatore ha vietato i fedecommessi, ed ha proibito di fare una sostituzione pupillare; così fatte disposizioni restino annullate, abbenchè sieno contenute in un testamento fatto prima del sopravvenuto divieto della legge.*

 No-

Nota LVIII.

La contraria conseguenza è quella appunto, che deriva dalle premesse di questo ragionamento. Faccia il preteso divieto della pupillare una parziale incapacità del testatore ad ordinarla. Ma l' effetto della pupillare appartiene al tempo della morte del pupillo, non del padre; è sotto questo aspetto la pupillare si può avere, come una istituzione condizionale. Dunque basta, che il divieto si ritrovi cessato al tempo della morte del figliuolo. *Pupillaris substitutio conditionalis est* (scrive Dionigi Gotofredo). *In dispositione autem conditionali inspicitur tempus existentis conditionis* (1).

Parole della sentenza.

XXIV. 1. *Considerando, che a tal proposito, il destino di codeste proibite disposizioni sia sempre lo stesso, o che sieno pure, o che sieno condizionate, perchè dovendo prendere vigore nella loro origine dalla volontà del testatore, ove questa manca, perchè la leg-*

---

(1) *Ad L.* 11; *D. De vulg. et pup.*

legge l' ha distrutta, non potranno mai più essere in appresso produttive di effetto, abbenchè al tempo, in cui si avveri la condizione, si trovi cessato ogni impedimento.

Nota LIX.

Quando sopravvenne il supposto divieto del Cod. Civ. circa la pupillare, la legge non è, che distrusse la volontà del testatore, ma le oppose un impedimento. Tale impedimento la rendè inefficace, finch' egli durò; ma svanito l'impedimento, la volontà riprese tosto la sua efficacia. La volontà d' un testatore è cosa di fatto, non già di diritto. La legge non distrugge i fatti, ma soltanto toglie a loro l'effetto. Fa per finzione legale, come se non fossero avvenuti, ma non distrugge il loro avvenimento. Tal finzione passa col divieto della legge. Se valesse l' argomento della sentenza, valerebbe contra la gran massima del tempo medio, che non nuoce (1); e quindi nulla pruova, provando troppo. Fingete,

 che

(1) *Solemus dicere, media tempora non nocere. L. 6, D. De hered. inst.*

che il Cod. Civile, da cui si pretende cavare il divieto della pupillare, fosse stato abrogato prima della morte del Marchese D. Ferdinando, avrebbe sempre già *distrutta* la volontà di lui. E questa una volta distrutta, non mai avrebbe potuto essere in *appresso produttiva di effetto*. Quest' è l' argomento della sentenza. Tutto il forte in questa parte è a determinare il tempo intermedio. Ora nelle condizionali disposizioni la dottrina comune è, che tempo intermedio è tutto quello, il qual passa dalla disposizione fatta all' avveramento della condizione. Il tempo della morte del disponente, nelle disposizioni condizionali, fa parte del tempo intermedio.

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che sia inutile il riportarsi in contrario alle sanzioni delle leggi, le quali nelle istituzioni, e ne' legáti condizionati, fan cessare la nota regola Catoniana;* L. 3 et 4 D. de Reg. Cat. *regola, che stabilisce per l' appunto la massima:* Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valet L. 1. D. eod. *Imperciochè questa eccezione può essere relativa all' erede, al legatario, ed alla cosa legata; ma*

ma non mai al testatore, che manchi per legge della necessaria capacità di testare, sia in generale, sia particolarmente, in quanto alla cosa vietata.

3. *Che sia adattabile all' erede, nel senso che l' incapace può essere istituito erede sotto la espressa condizione della sua capacità :* Plane si incapax (*sono parole di* VOET) non pure instituatur, sed sub expressa conditione si capere possit, vel cum capere poterit, institutio substinetur; quia regula Catoniana ad conditionales institutiones non pertinet. *VOET ad Pandect. lib.* 28, *tit.* 5, *n.* 22, *in fin.*

4. *Che riguardi il legatario, perchè ne' legati condizionali il tempo dell' avverata condizione non si retrotrae, nè si congiunge con quello della morte del testatore, ma* (*come si esprime la legge*) dies cedit et venit existente demum conditione. L. 21 et 22, D. Quando dies legatorum : cedat. *E perciò incoerenza alcuna non vi è, che il legatario incapace al tempo del fatto testamento, e della morte del testatore, sia nondimeno abilitato a conseguire il legato, se capace se ne trovi all' epoca, in cui si verifica la condizione, perchè il suo diritto incomincia da questo tempo in avanti; ne vi è viziosità alcuna a purgare, o vuoto a supplire per lo tratto antece-*

 den-

dente, perchè era allora capace il testatore, se incapace si trovava il legatario.

5. *Che si estenda in fine alla cosa legata, se un temporaneo impedimento ne renda inutile il legato, com' è quello della cosa propria del legatario, perchè niuno può acquistar per nuovo titolo la cosa già sua* (§. 10. Instit. De legat.); *e come è quello ancora delle colonne e de' marmi aggiunti tuttora a qualche edifizio, perchè non deve permettersi, che sian disfatte per cagione tanto leggiera le fabbriche con rimanerne deformata la città*. L. 41 §. 1. L. 43 D. De legat. prim. *In questi casi, se verificandosi la condizione, l' impedimento si trovi cessato, perchè la cosa legata è uscita dal dominio del legatario, o perchè i marmi o le colonne sono state di già distaccate dall' edifizio, è giusto che il legato sortisca il suo adempimento. Nè in ciò resta offesa la legge, perchè il legato era impedito per particolari circostanze, e non già nullo in se stesso.*

No-

Nota LX.

La massima, che *Ad conditionalia Catoniana non pertinet* (1), è una ragione maggiore, per sempre più illustrare il nostro punto; perciocchè la detta massima suppone anche una cosa di più, cioè il principio vizioso; quel principio, che nel nostro caso fu ottimo, essendosi scritta la nostra pupillare sotto l' imperio del diritto romano.

La sentenza dice, che la eccezione della Catoniana sia di rimedio alla incapacità dell' erede, alla incapacità del legatario, ed al divieto del legato; ma non alla incapacità del testatore. Lasciando stare altre discussioni, noi non siamo nel caso della incapacità del testatore; e ci basta, che ci si conceda l'impedimento dal divieto della cosa svanire, se all' avverarsi della condizione il divieto si truovi cessato. Se la pupillare era proibita dal Codice, lo era *ratione rei*, *non ratione personæ*; e lo era generalmente per tutti. Dicesi alcuno incapace, quando a lui sia disdetto ciò, che agli altri è generalmente conceduto. Ma la proibizione generale della tale o

(1) *L.* 41, §. 1, *D. De legatis I.*

tal disposizione, rende vietata la cosa, non incapace la persona.

PAROLE DELLA SENTENZA.

6. *Che non formi illusione, che il legato delle colonne e de' marmi, e di tutto ciò, che fa parte di un edifizio, si trovi espressamente proibito dalla legge.* Sed ea, quæ aedibus juncta sunt, legari non possunt, quia hæc legari non posse Senatus censuit, Aviola et Pansa consulibus. L. 41 §. 1, D. De legat. I. *E che malgrado il principio, che il divieto della legge importi incapacità nel testatore, sortisca ciò non ostante il legato il suo adempimento, se al tempo, in cui si avvera la condizione, l' edificio si trovi di già distrutto, ed i marmi, e le colonne ne sieno state già svelte. Imperciocchè è facile l'indagarne la ragione, appena si avverte, che il divieto, nel caso proposto, derivi da un temporaneo impedimento relativo alla cosa legata, il quale è ben diverso nelle conseguenze da un' assoluta proibizione della legge, che spogli la persona del testatore di ogni facoltà di disporre, e lo metta nello stato di una vera incapacità.*

No-

Nota LXI.

Il vietato legato de' marmi uniti ad un edifizio, legato, che diventava utile, se fatto sotto condizione, si venisse a verificare in tempo, che i marmi si trovassero staccati dallo stabile, è uno de' nostri più begli argomenti, per inferirsene, che se la nostra pupillare si trovò proibita sotto il Codice Civile, è divenuta utile, poichè verificata sotto le Leggi Civili. Qui la parità è da cosa vietata a cosa vietata, non da cosa vietata ad incapacità di persone. Che se il divieto della cosa facesse incapacità di persona, troveremmo nel testatore, che disponeva de' marmi non distaccati, anche la incapacità relativa a tal disposizione; ma questo sarebbe improprio linguaggio.

Che lo impedimento a disporre de' marmi fosse temporaneo, e non perpetuo, nulla fa al caso. La legge considera soltanto il cessamento dell' ostacolo. E l'ostacolo sempre è cessato, ancorchè lo sia fuori della espettazione. Oltrechè l' impedimento a disporre *de columnis aedibus junctis*, era perpetuo nella ipotesi della *junctura*. Questa soltanto poteva mancare col tempo. Ma non è anche ogni legge soggetta all' abrogazione, e quindi a mancare col tempo?

PAROLE DELLA SENTENZA.

7. *E che il contrario in fatti convenga, ove la legge abbia espresso il suo divieto in termini ampj ed assoluti, perchè allora il legato è sempre nullo, puro, o condizionato che sia, come avviene nelle cose che sono intieramente sottratte all'uso comune, ed al commercio; quindi è, che il legato de'fondi addetti alle delizie del Principe è creduto da* ULPIANO *proprio dell' uomo mentecatto.* Si vero Salustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere. L. 39, §. 8, D. De legat. I. *Ecco adunque che le conseguenze di un divieto assoluto traggono sempre all'annullamento del legato in termini generali, e senza alcuna limitazione.*

NOTA LXII.

Il legato degli orti Sallustiani nella legge citata fu puro, non condizionale. Ma se fosse stato condizionale, chi avrebbe vietato di applicargli la risoluzione della L. 41, §. 1, D. *De Leg.* I? Verificatasi la condizione in tempo, che il Principe si fosse disfat-

fatto di quegli orti; il legato sarebbe divenuto utile. Almeno sarebbe stata questa una quistione; *et nil probat exemplum litem, quod lite resolvit* (1). Più. Nel legato degli orti e delle cose del Principe si può considerare un particolar riguardo alla maestà del loro padrone; circostanza, che faceva passare per furioso il privato, il quale presumesse disporne, e che non si accomuna a' casi ordinarj de' legati vietati per cagioni diverse.

PAROLE DELLA SENTENZA.

XXV. 1. *Considerando, che non sia la sostituzion pupillare sottratta dalla influenza dell'esposte teorie, per la particolare ragione, che si adduce, di doversi cioè distinguere in essa due testamenti, o almeno due successioni, l'una del padre, e l'altra del pupillo; ond'è, che a stabilir la capacità del testatore, debbansi designare per estremi il tempo del fatto testamento, o sia della ordinata sostituzione pupillare, ed il tempo della morte del pupillo, in cui si avvera*

(1) *Hor.*

ra l'apertura della successione. Dappoichè perde questo argomento tutto l'efimero suo splendore, subito che si rintracci l'autore di ambidue questi pretesi testamenti nella istessa persona del padre, il quale scrive un testamento a se stesso, ed un altro al figlio colla sostituzione pupillare.

NOTA LXIII.

La teoria delle disposizioni condizionali, intesa nel vero senso, secondo le precedenti note, influisce favorevolmente nella nostra pupillare, considerata come disposizione paterna, condizionale.

Considerata poi, nella sua propria natura, come disposizione del figliuolo, fatta soltanto per mezzo del padre, ha per se il presidio testuale di leggi chiarissime, le quali risolvon direttamente la quistione, calcolando nella pupillare il solo tempo della morte del figliuolo, senza tener conto nè della incapacità del sostituito alla morte del sostituente, nè di quella dello stesso sostituente alla morte sua.

Per la incapacità del sostituito: *Si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit; nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit*

sit (1). Basta, dice la legge, che si truovi capace al tempo della morte del pupillo. Per la incapacità del sostituente al tempo della sua morte, egli è deciso in più testi, di GIULIANO (2), di SCEVOLA (3), di PAPINIANO (4), che morendo un cittadino prigione fra nimici, dopo avere in patria fatto il suo testamento colla sostituzion pupillare, niun pregiudizio ne veniva alla detta sostituzione. Nè vale addurre in replica la finzione della legge Cornelia, la qual facea riputare morto nel momento della presura chi già preso fosse trapassato in poter de' nimici; perciocchè la stessa finzione non giovava a far valido un testamento formato in cattività, retrotraendolo colla morte al tempo della cattura. Argomento questo evidente per dire, che del tempo della morte del testatore, spezialmente in materia di sostituzion pupillare, non fos-

(1) *L.* 11, *D. De vulg. et pup. subst. Adde* GLOSSAM; GOTHOFREDUM *in notis*; *et* POTHIER *in Pandect. Justinianeis*, *De vulg. et pupill. num. XLV.*

(2) *L.* 28, *D. De vulg. et pup.*

(3) *L.* 29, *eod.*

(4) *L.* 10, *princ. D. De captivis.*

fosser le leggi così gelose, come di quello della formazione del testamento.

Or se nella detta sostituzione non si mira al tempo della morte del sostituente, ma del pupillo, cui si sostituisce; il supposto impedimento del Codice Civile alla nostra sostituzione non sarebbe punto da attendersi, ove reggesse, essendosi ella verificata sotto le Leggi Civili, che lungi dal farle ostacolo, la favoreggiano.

E veramente, se la sostituzion pupillare è il testamento del pupillo, come confessa la stessa nostra sentenza (Nota XVII); se riguarda tal sostituzione la sola eredità del pupillo, potendo altri esser l'erede del padre *L.* 1, §. 2, *D. De vulg. et pup.*; come potrebbe venir nel suo calcolo la morte del padre? O verrebbe ella in luogo di quella del figliuolo, o verrebbe oltre questa.

Nel primo caso si urterebbe manifestamente colle leggi testè recate, e co' principj più sicuri della materia; i quali quella morte riguardano, che lascia vacua la eredità, quella morte, il cui tempo, secondo il Vinnio citato dalla sentenza, si congiunge e s' identifica col tempo dell' adizione. Ed in vero, se non muore il pupillo, come si apre la succession pupillare?

Dia-

Diamo un' altra pruova di sì evidente verità, cioè del non potersi in questa materia trascurare la morte del pupillo. È bellissima la legge 40, D. *De vulg. et pupillari*, dove PAPINIANO riporta questo caso. Un pupillo si era dato in arrogazione. Il padre adottivo dovè dare la introdotta *cauzione* di restituire la eredità a' successori legittimi del giovinetto, se venisse egli a morire impubere (1). Così addivenne, cioè l' arrogato morì impubere. Si trovò in tale occasione, che il padre adottivo gli aveva sostituito pupillarmente. Quistione quindi tra gli eredi legittimi del pupillo, e 'l testamentario, ossia il pupillar sostituto. *Succurrendum* (rispose il giureconsulto) *erit substituto, nam et legitimis heredibus futuris non aliae, quam utiles actiones praestari possunt.* Luogo eccellente a dimostrar molte cose in materia di pupillare. Ma quì ne caveremo solo, che *per diritto* si perdeva dal sostituto la succession del pupillo, per la morte di lui in istato incapace di aver successori, ov'ei per adozione fosse tornato figliuolo di famiglia. A tal diritto, ch'era il comune, non altrimenti si riparava, che con un rimedio particolare e di fatto, cioè

(1) *L.* 18 *D. De adoptionibus*; *L.* 2 *C. eod.*

cioè con quello dell' *obbligo* di restituire, che assumeva il padre arrogatore, e per la via delle *utili azioni*, le quali sono il contrapposto delle *vere e legali*. Dunque nella sostituzion pupillare il tempo della morte del pupillo entra in calcolo necessariamente; nè potrebbe in suo luogo venirvi quella del padre.

Nel secondo caso, cioè nel caso, che la morte del padre vi venisse oltre quella del figliuolo, avremmo un altro assurdo; cioè, che per una sola eredità si dovessero attender due morti. In ogni eredità *tria tempora inspicienda sunt*, dice nettamente Fiorentino (nella legge 49, *D. De heredibus instituendis*), ed il ripete a lettera Giustiniano (nelle Instituzioni, §. 4, *De heredum qualitate et differentia*). *Tria tempora inspici debent*; contandovi quello dell' adizione della eredità, sul quale muove i suoi dubbj il Vinnio, citato in questa parte dalla sentenza. Da questo in fuori, tutto l' affare *duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio; mortis vero testatoris, ut effectum habeat*. Ora il calcolar due morti nella sostituzion pupillare sarebbe un far quattro i tre tempi della legge, se vi si comprenda quel della adizione; e tre i due, che sono indispensabili per con-

consenso comune. Nella sostituzion pupillare testatore vero è il pupillo; ed il padre, per un diritto speziale, non fa, se non da procurator del figliuolo. Il figliuolo vi pone la eredità; il padre soltanto il giudizio e la scrittura. Più: sarebbe un uscir dal principio, per lo quale il tempo d'ogni morte si attende ne' testamenti, ch' è quello, *ut testamentum effectum habeat*; poichè l' effetto della pupillare è alla morte del pupillo. Sarebbe aprire una novella via ed alle leggi ignota, alla sovversione del testamento pupillare; il quale per altro è tanto favorito dalle leggi, che in sua grazia si permetteva al pupillo di morire *partim testatus, partim intestatus*, come nell'esempio testè addotto del pupillo arrogato.

Il tempo della morte del padre dee per altro entrare in calcolo in questa materia; ma per far reggere il testamento principale, senza il quale il pupillare non reggerebbe. Quindi, se il padre moriva deportato o servo della pena, cadeva la pupillare colla istituzione dell' erede paterno. Ma reggendo il testamento paterno, le eredità si deferivan distintamente e diversamente. La legge 11 *De vulg. et pupillari*, recata nel principio di questa nota, il dimostra chiaro. Una stessa persona scritta erede dal padre per se, e pel figliuolo pupillo, non prendeva la

la eredità paterna, se si trovasse incapace alla morte del padre; e prendeva quella del figliuolo, se la incapacità si trovasse cessata alla morte del pupillo; e viceversa.

Non è dunque efimero lo splendore dell' argomento, che si ricava dall' essere la successione, che si apre mediante la pupillare, successione del figliuolo, non successione del padre. È vero, che l' autor di ambidue i testamenti, del principale cioè e del pupillare, è lo stesso padre; ma è vero altresì, che il padre, in quanto testa pel figliuolo, il fa in certa guisa, come procuratore anomalo del figliuolo, secondochè di sopra accennammo; perchè testa della eredità di quello. La legge per regola non riconosce proccuratori ne' testamenti; ma senza questa idea, che per diritto speziale ha luogo nel pupillar testamento, non si spiega bene la formazione di esso. È proccuratore chi fa per un altro; ed i padri *testamentum filiis faciunt, cum ejus aetatis sint, in qua ipsi sibi facere non possunt* (1). È proccuratore chi tratta gli affari altrui; chi impiega la sua opera nei beni altrui, e per utile del padrone. *Procurator est is, qui aliena negotia, mandatu domini administrat*

(1) *Princ. Inst. De pupill.*

strat (1). Il mandato del pupillo nella nostra materia è nella legge speziale, che parlando per lo pupillo, autorizza il padre a fare il testamento per lui. Quindi nella pupillare non vale lo argomentar da quel testamento, che lo stesso padre fa, ma per se, non già pel figliuolo. Gli argomenti debbono esser tratti dalla combinazione di queste due idee; *padre autore del testamento, ma per la eredità del pupillo.* Qual mai testamento vale per quella roba, su cui il testatore non abbia al tempo della sua morte nè dominio, nè azione, nè diritto alcuno? E pure il testamento paterno dispone anche di que' beni, che il pupillo acquisti la prima volta dopo la morte del padre. Donde ciò, se non dacchè il testamento pupillare si trasferisce alla morte del pupillo, come ogni testamento si trasferisce per diritto alla morte di colui, della cui eredità è quistione?

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che in effetti, se a questo testatore ha tolto la legge, mentre era tuttora in vita, la fazion del se-* *con-*

---

(1) *L.* 1, *D. De procuratoribus.*

condo testamento, o sia la facoltà di sostituire pupillarmente al figlio, egli sia chiaro, che la sopraggiunta incapacità parallizzi la già fatta sostituzione pupillare, perchè ricade in quel caso, da cui non poteva avere incominciamento.

NOTA LXIV.

Sostituite alla monca nozione del secondo testamento la sua nozione piena, adeguata; e la illusione di questo argomento sparisce. La fazione del testamento pupillare procede e dalla persona del pupillo, e da quella del padre, il quale interviene per lo pupillo. Perchè la legge pone tra' requisiti della pupillar sostituzione, che il figliuolo *non sit in alienam potestatem recasurus?* Perchè, non divenendo padre di famiglia alla morte del sostituente, ha un ostacolo particolare alla fazione del testamento. Per seguitarci a servire dell' esempio del proccuratore, fatto una volta da questo validamente un atto, la sua persona sparisce; e tutto si misura per riguardo al principale. Se la deminuzion di capo sopravvenuta al padre dopo legittimamente fatto il doppio testamento, rende irriti entrambi; ciò nasce da diverso principio, cioè dacchè il testamento pupillare non può reggere sen-

senza il principale, nè al padre è dato di testar pel figliuolo, senza farlo per se (1). Nel nostro caso il testamento principale nulla sofferse dal cambiamento della legislazione. Il pupillare, seguendo la ipotesi, s' imbattè nel supposto divieto al tempo intermedio, cioè tra il fatto testamento e l' apertura della succesione; nel qual tempo *Mutatio juris heredi non nocet*, secondo la espressione di Fiorentino (2).

Più. Non ogni toglimento di fazione di testamento nuoce al testamento già fatto; ma quel toglimento, che ne impedisce l' effetto. Ora il supposto divieto del Codice Civile, cessato prima della morte del pupillo, non ha che fare coll' effetto del nostro pupillar testamento, il quale appartiene ad un tempo susseguito.

PAROLE DELLA SENTENZA.

3. *Che non giovi l'insistere in contrario, che nella sostituzion pupillare la successione non si apre, quando tra-*

(1) *L.* 1, §. 3, *D. De vulg. et pup.*

(2) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. inst.*

trapassa il testatore, ma bensì avvenendo la morte del pupillo; perchè ciò a nulla vale, quando è morto il testatore, e non vi è chi per supposizione di legge possa reiterare la sua volontà, richiamando a novella vita la già annullata sostituzion pupillare.

Nota LXV.

Secondo le cose esposte nelle precedenti note, non fa mestieri di reiterazion di testamento, tosto che si distingua testamento *principale* da testamento *pupillare*. Il principale, che dispose della eredità del padre, restò senza interruzione fermo fino alla morte del padre; il pupillare, che dispose della roba del figliuolo, se perdè punto del suo vigore nel tempo intermedio, il ripigliò nel medesimo intervallo, prima che si morisse il pupillo.

Parole della sentenza.

4. *Che giovi a tal proposito di avvertire, che in questa supposta reiterazione di volontà consista la finzion della legge per ricavarne la conseguenza, che i tempi intermedj non sian di alcun nocumento; giacchè se il testamento da principio è stato re-*

go-

golarmente fatto, e se muore il testatore nello stato egualmente di poterlo fare; a niuna conseguenza mena, che nel tempo intermedio sia stato il testatore istesso privo della fazion del testamento, perchè siccome può egli reiterarlo, così per non moltiplic ar enti senza necessità, si lascia in vigore il testamento già fatto. Vid. VINN. ad § 6 Instit. Quib. mod. testament. infirmantur. N. 4.

NOTA LXVI.

Si è risposto nella nota, che precede, all'immaginato bisogno della pretesa reiterazione.

PAROLE DELLA SENTENZA.

5. *Che nella specie, come già si è osservato, non possa il padre reiterare la sua volontà, perchè è già trapassato, e lo impedimento è cessato dopo la sua morte; e molto meno possa reiterarla il pupillo, perchè egli in ciò è un ente passivo, ed impronta per finzion di legge la facoltà di testare dalla persona del padre; ed avvenga perciò, che la sostituzion pupillare debba per forza rimanere nel nullà, in cui cadde all'epoca della morte del testatore.*

No-

Nota LXVII.

È la continuazione dello argomento della pretesa reiterazione, a cui già si è risposto.

Parole della sentenza.

6. *E che ove piaccia illustrar la cosa con un esempio, sia questo somministrato dagl'interpreti nel caso della sostituzione esemplare, introdotta, come è noto, sulle tracce della pupillare, per abilitare i genitori a dare un sostituto al figlio mentecatto. È questa una sostituzione diretta al pari della pupillare, e contiene il testamento del figliuolo demente, come la pupillare quello del pupillo. Cessa la pupillare all' apparir della pubertà. Svanisce la esemplare subitochè il mentecatto acquista l' uso della ragione, e con essa la facoltà di far testamento. Or si è fatto dubbio tra gli scrittori legali, se la sostituzione esemplare, estinta una volta, perchè il mentecatto è divenuto di sana mente, ripigli di nuovo il primiero suo vigore, se il mentecatto istesso ritorni nello antico stato d' imbecillità. Gli autori i più accreditati ammettono questo ripristinamento della sostituzione esemplare, ma l' ammettono soltanto durante la*

la vita del padre. La ragion è appunto, perchè essendo in vita il padre, può supporsi la sostituzione rianimata per presunta volontà di lui; ma quando egli è morto, cessa questa presunzione. Vid. DONELL. VI Comment. 27.

NOTA LXVIII.

La opinion del DONELLO, opinione contraddetta dalla ricevute dottrina, non è appoggiata a supposta tacita reiterazione del testamento; della quale non si fa nessun motto in tutto il luogo del lodato scrittore, ch'è il §. XVII del capitolo XXVII, nel VI libro de'suoi *Comentarj*. Il DONELLO ragiona così: Se per valere la pupillare fa d'uopo, che il figliuolo si ritrovi impubere ed in potestà al tempo della morte del testatore; così per valere la esemplare, bisogna, che il figliuolo si ritrovi mentecatto a quel medesimo tempo.

Veggano gli altri, se questa parità corra. Noi diremo così di passaggio, che la impubere età passata una volta non più ritorna; nè può più ritornare in potestà del padre morto quel figliuolo, che al tempo della morte di lui non gli era sottoposto; laddove la infermità della mente può tornare, e ritornar mol-

molte volte. Lo stesso autore esige nello stesso luogo, che la mentecattagine debba esservi stata anche al tempo del fatto testamento; il che esclude, che un padre prevedendo la disgrazia del figliuolo, potesse condizionatamente provvedervi; cosa non sappiam quanto conforme a quello spirito di umanità, da cui GIUSTINIANO fa discendere la esemplare.

Ma tornando al nostro proposito, che ha che fare un supposto divieto della legge, accidente tutto estrinseco, colle qualità insite alla persona, come sono o la infermità della mente o la impubere età? Nel nostro caso il Marchesino di Ducenta era impubere, quando il testamento gli fu fatto dal padre; era impubere, quando il padre morì; ed è morto impubere per riguardo alla fazione del testamento, secondo la legge del tempo della sua morte.

Del resto la oppostaci del DONELLO non è la dottrina comune e seguita nel foro. In questa controversia le opinioni son tre. BARTOLO tenne, che cessato e rinato il furore, cessasse e rinascesse con esso la esemplare, e sempre prevalesse, purchè l'uomo morisse nella insania (1). Il PEREZIO sembra inchinare, ma dubi-

(1) *Ad L. 43, D. De vulg. et pupill. Num. 40 et seqq.*

bitativamente ; alla opinione del tutto opposta (1). Il DONELLO prende un sentiero di mezzo ; distingue, se la demenza sia ritornata avanti la morte del padre, o di poi. Nel primo è per lo risorgimento della sostituzione ; nel secondo non già. Ma che che sia di queste opinioni, quella di BARTOLO ha trionfato ; e basta darne per testimone quel PEREZIO, che l'è maggiormente avverso : *Variant plurimum interpretes ;* BARTOLI *recepta magis est sententia , quod per resipiscentiam suspendatur tantum substitutio , ita ut sive vivo adhuc testatore , resipuerit , et recidat in amentiam filius , sive vivo testatore resipuerit quidem , sed reciderit in amentiam , eo mortuo , substitutio convalescat* (2). Argomentando noi dunque dalla dottrina, che ha prevaluto, come la sentenza argomenta dalla dottrina meno seguita ; conchiudiamo dicendo , che non il tempo della morte del padre , ma quel della morte del figliuolo sia quel, che decide , nella materia , tanto nella pupillare , quanto nella esemplar sostituzione ; contenenti entrambe il testamento fatto dal

(1) *Ad Cod. tit. De impuberum et aliis substitutionibus , num.* 40.

(2) *Loc. sup. cit.*

dal padre per colui, che per difetto o naturale o accidentale di senno, non abbia potuto a se farlo.

Il VOET opina anch'egli, che cessato il furore, si estingua la sostituzione esemplare, in modo da non più risorgere, se la follia ritorni; ma per una ragione tutta diversa dalla mancanza di reiterazione del testamento. La ragione del lodato scrittore si è, che non avendo il figliuolo fatto testamento dopo risanato, sia da presumere avere egli voluti per suoi successori gli eredi legittimi. E questa ragione la fa valere anche nel caso, che la demenza fosse cessata e ritornata in vita del padre sostituente (1).

PA-

(1) *In Pandect. Lib.* XXVIII, *tit.* VI, *n.* 34.

PAROLE DELLA SENTENZA.

LA OBBLIQUIZIONE DELLA SOSTITUZION PUPILLARE NON MENA AD ALCUNA FAVOREVOLE CONSEGUENZA PER L' ASSUNTO DI FOLGORI.

XXVI. 1. *Considerando, che nella impossibilità di rinvenire una sostituzione pupillare nelle sanzioni del diritto novissimo, e molto più di trarla illesa dalla influenza delle leggi intermedie, siasi immaginato di salvarne le conseguenze, con farla cambiar d'indole, e di natura; obbliquandola da sostituzione diretta in una sostituzione fedecommessaria, che non incontri l' ostacolo del Codice Civile, e possa andarsi a congiungere con quella permessa dalle leggi in vigore.*

NOTA LXIX.

La obbliquazione, di cui quì parla la sentenza, non s' è immaginata per impossibilità di trarre illesa la nostra pupillare dalla influenza delle leggi intermedie, e di trovare nel nostro diritto novissimo una pupillare vera, a cui appoggiarla; ma per un argomento di più, e per produrre la stessa cosa sotto nuove forme del pari legali.

PA:

PAROLE DELLA SENTENZA.

2. *Che si osservi a tal proposito, che la sostituzione pupillare, trasformandosi in fedecommesso, tranne la qualità di sostituzion diretta, che perde, ritenga intatta per tutto il dippiù la primiera sua indole, di non essere cioè un legame, che allacci la libertà de' beni, ed obblighi il pupillo a conservarli per restituirli per forza al sostituto pupillare. Attesochè (si dice) se la sostituzion pupillare consiste, come sostituzione diretta, nel dare un erede al pupillo, e se l'erede non ha alcun diritto su' beni del testatore, mentre è ancora vivente; ne risulta, che non sia produttiva di alcun gravame, che importi obbligo di restituzione. Onde è che obbliquandosi poi in fedecommesso, niente acquisti di maggior forza ed energia; ma consentanea a se stessa, si trattenga tra' limiti di una sostituzione più spontanea, che obbligatoria, scevra dal peso di conservare.*

3. *E che sotto questo rapporto (si seguita a ragionare) un sì fatto fedecommesso, che risulta dalla sostituzione pupillare, non urta nel divieto del Codice Civile, come non vi urta, secondo le più recenti decisioni de' tribunali di Francia, il fedecommesso così detto* di residuo, *sottratto dalla necessità,*

che

che gli veniva anticamente dalla novella 108, *cap.* I *di* GIUSTINIANO, *di dovere cioè il gravato conservare il quarto della eredità a pro del sostituto. Imperciocchè la proibizione della legge non consiste nella successione graduale, ma nell' obbligo di conservare per restituire; obbligo, che allaccia la libertà de' beni, e ne ristagna il commercio.*

XXVII. 1. *Considerando, che non ostante il rapportato ragionamento, che lunga discettazione potrebbe d' altronde meritare nel fatto, e nel diritto, trovi sempre la pretesa sostituzione pupillare, comunque obbliquata in fedecommesso, i medesimi ostacoli, che incontra come sostituzione diretta, e nel nascere, perchè soffogata da' fedecommessi, tra quali è involta, e nel fine, per esser terminato il suo periodo pria della morte del Marchesino di Ducenta.*

2. *Che in quanto alla origine, sia pur diretta od obbliqua la sostituzione pupillare, non solamente sia sempre la stessa conseguenza, che ne deriva; ma si appalesi anzi di più la nullità, che sorge dalla miscela degli altri fedecommessi; attesochè appena ella si spoglia della qualità di sostituzione diretta, cessa il più forte argomento, che si adduce per la sua validità, cioè che doppio sia il testamento del fu Marchese di Ducenta, e doppia la successione,*

l' una

l'una per riguardo ad esso lui, e l'altra in quanto al pupillo; e che i fedecommessi aggiunti a questa seconda istituzione di erede debbansi valutare colle leggi del tempo, in cui la seconda successione si è aperta. Imperciocchè ove la sostituzione è obbliqua, il tutto forma unità, e quanto è più perfetta la connessione tra fedecommesso e fedecommesso, tanto più è inevitabile la nullità, che ne deriva.

3. *Che in quanto poi alla fine, ammesso una volta il principio, che obbliquandosi la sostituzion pupillare, ne risulti un fedecommesso* juxta sui naturam; *debba di necessità starsi a tutte le conseguenze che ne dipendono.*

4. *Che se per avventura sorge da ciò, che codesto fedecommesso non sia obbligatorio, perchè tale non è la sostituzion pupillare, ne derivi egualmente, che il fedecommesso medesimo non possa aver un periodo più lungo della suddetta sostituzione pupillare; e che sia perciò spirato colla pubertà del Marchesino di Ducenta.*

5. *E che convenga all'uopo ripetere, che qualunque sia la natura della sostituzione, di cui si tratta, si trovi sempre espressa la volontà del testatore, di non darle un periodo più lungo della età pupil-*

la-

lare del figliuolo, *perchè disse*, morendo in pupillari ætate ab intestato; *e il disse*, *quando non vi era legge alcuna*, *che gli proibisse di dare alla sostituzione quella maggior durata*, *che avesse creduta conveniente*.

Nota LXX.

La obbliquazione della nostra pupillare la sentenza la crede inutile per la mistura de'fedecommessi, che vi dice uniti; e per esser morto il Marchesino di Ducenta dopo trascorsi i quattordici anni. A queste due opposizioni si è risposto pienamente nelle note.

Superate queste difficoltà, apparisce chiaro, che il dotto estensore della sentenza conviene con noi nella utilità della obbliquazione, e nelle sue verità fondamentali. Elle sono, I che la pupillare diretta non induca *gravame* di conservare, ossia divieto di alienare; II che la sua obbliquazione sia l'opera della legge per salvare la volontà del testatore, e più l'utilità del pupillo; III che tale obbliquazione si faccia *juxta naturam della pupillare*, cioè senza indurre gravame di cònservare; IV che obbliquata a tal modo la pupillare divenga un puro fedecommesso di resi-

siduo; V che il fedecommesso di residuo non incontri la resistenza di niuna delle leggi, che ci sono dopo l' antica legislazione sopravvenute.

La illustrazione di queste verità sarà materia di un distinto lavoro. Ci basta quì l' averle accennate, perchè si conosca, come la sentenza a noi contraria è in pro nostro in un de'punti capitalissimi della causa, punto per se solo sufficiente a farla trionfare.

Quì finiscono i motivi del Tribunale sulla sostituzion pupillare, poichè gli altri riguardano altri punti: e quì finiscono le nostre osservazioni con chiedere sulle medesime un doppio perdono; perdono al Tribunal Civile della loro franchezza, giustificata dalla necessità della difesa; perdono a' giudici superiori della loro prolissità, atteso che il risanar le ferite è assai più lunga opera, che il farle.

Napoli, addì 30 di Luglio, MDCCCXXIII.

COLPO D' OCCHIO

DELLA CAUSA DELLA SOSTITUZION PUPILLARE A PRO DEL MARCHESE D. NICCOLA FOLGORI.

I. 1801. Testamento fatto.

II. 1810. Morte del testatore.

III. 1822. Morte del pupillo.

Il primo tempo ha per se il diritto antico. *Moribus introductum est, ut cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* (1).

Il terzo ha per se l' articolo 945 del nostro diritto novissimo, dove si permette di sostituire a' figliuoli fino a' 18 anni.

La causa si fa per lo secondo tempo, poichè si dice, che il Codice Civile vietasse la pupillare.

Que-

(1) *Princ. Inst. De pupill. subst.*

Questa difficoltà si vince per tre vie; I. per la via della stessa supposizione, dando per contrario assolutamente il Codice Civile; II. per la via della verità piena, intendendo bene il Codice Civile; III. per una via media, distinguendo la pupillare diretta dalla pupillare obbliquata.

I. Sia assolutamente contrario il Codice Civile. Tre sono i tempi, che si riguardano nel giudicare della validità di un testamento, 1. quello della sua formazione, *ut constet institutio*; 2. quello della morte del testatore, *ut effectum habeat*; 3. quello della adizione dell' erede (1). Il terzo non ci riguarda. I tempi intermedj non si contano. *Solemus dicere media tempora non nocere* (2). Quindi *medio tempore inter factum testamentum et mortem testatoris . . . mutatio juris non nocet* (3). Ora se la sostituzion pupillare è il testamento del pupillo, se il sostituto pupillare è l'erede del pupillo, se la eredità, che quegli prende, è la eredità del pupillo; la morte del pupillo è il secondo tempo nella sostituzion pupillare, non la morte del padre. La mor-

(1) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. instit.*
(2) *L.* 6, *eod.*
3) *Cit. L.* 49.

morte del padre si conta solo per la sussistenza del testamento paterno, senza il quale il testamento pupillare non regge, ossia la istituzione dell'erede pupillare. Perchè sussista la istituzione, che il padre fa a se, bisogna il tempo abile della sua morte; perchè sussista quella, che fa al pupillo, bisogna il tempo abile della morte di costui. Se per la seconda eredità si dovesse calcolare il tempo della morte del padre, si calcolerebbero per una sola eredità due morti; il che ripugna al principio.

Che la morte del pupillo si abbia a calcolare nella sostituzion pupillare, le leggi lo stabiliscono letteralmente. Se il padre abbia nominato uno stesso erede a se ed al pupillo; e questi si truovi incapace alla morte del primo, e capace alla morte del secondo, perderà la prima eredità, e lucrerà la seconda, e vice versa (1). Similmente se il pupillo, datosi in arrogazione, fosse morto in questo stato, da non potere lasciare eredità, perchè figlio di famiglia; di stretto diritto il pupillar sostituto perdeva la eredità (2).

Che

(1) *L.* 11, *D. De vulg. et pup.*
(2) *L.* 40, *Causa cognita*, *eod.*

Che non si abbia a calcolare la morte del padre, in ordine alla eredità pupillare, è anche testualmente deciso; poichè se il padre moriva *apud hostes*, ossia nella incapacità di testare, dopo aver fatto in patria la sostituzione al figliuolo, questa reggeva (1).

Fingiamo ora un padre morto *mentecatto*, e *presso nimici*, dopo un testamento fatto in patria colla sostituzion pnpillare; e fingiamo *incapace* a quel tempo il pupillar sostituto. Avremo in questo caso una triplice incapacità fra 'l testatore e'l sostituto, al tempo della morte del testatore; la quale nondimeno di nulla offenderà la detta sostituzione, bastando, che alla morte del pupillo si truovi capace costui di avere un erede, e capace il sostituto di esserlo.

Dunque sia stato contrario alla nostra pupillare il Codice Civile, ci basta il favore de'due diritti antico e novissimo, che sono quelli de' due tempi estremi.

II.

(1) *L.* 28, *eod. L.* 10, *princ. D. De captivis.*

II. Il divieto del Codice Civile è una pura supposizione.. Quel Codice proibisce le sole strette sostituzioni fedecommessarie, cioè quelle, dove concorra il doppio gravame di *conservare* e di *restituire*.

Nella pupillare non vi è gravame di *restituire*, perchè il restituire è gravezza per chi possa fare testamento. Il pupillo non può farne. Anzi per supplire appunto a tal difetto, e per dargli il vantaggio d' un erede *scelto*, in vece di un erede, *quem sors dederit*, è stata introdotta la pupillare.

In quanto al *conservare*, il pupillo conserva a se, non al terzo. Il sostituto pupillare è l' erede del pupillo; e il diritto dell' erede non comincia, se non dopo la morte del testatore. La ragione, le leggi e gli scrittori concorrono in ciò, che i beni del pupillo sono alienabili in faccia al suo sostituto. Il divieto di alienare nel pupillo viene da altra cagione, e non può giovare al sostituto, se non *per accidens*, come giova agli eredi legittimi.

Se il Codice Civile non permette al padre di fare il testamento al figliuolo, neppure gliel vieta; e questo silenzio ci mena (per noi, che non siamo in Francia, dove le leggi intermedie disposero diversamente) ci mena, diciamo, al diritto romano.

Tut-

Tutte le altre difficoltà, che dal Codice Civile si traggono, sono frivole egualmente, e sono state confutate più volte.

III. Oltre le cennate strade, ne abbiamo una media, che conduce al nostro medesimo intento. Si calcoli pure il tempo intermedio del Codice Civile; e vietisi in questo la pupillare diretta. Ci resta la pupillare obbliquata, la quale si riduce ad un fedecommesso di residuo, che nel Codice non è proibito.

Prima proposizione, che la pupillare obbliquata si riduca ad un fedecommesso di residuo. La pupillare diretta non induce alcun gravame al pupillo. Il diritto, in grazia del pupillo principalmente, e dipoi della volontà del testatore, dove la pupillare non possa correre, come diretta, per difetto di forma o di potestà, la volge in fedecommesso. Il fedecommesso, che ne risulta, essendosi introdotto in favore del pupillo, e dovendo essere *juxta naturam* della pupillare, a cui vien surrogato, è un fedecommesso, che non porta divieto di alienare. Questa spezie di fedecommesso è quello, che nel foro si chiama di residuo o di reliquato.

Seconda proposizione, che il fedecommesso di residuo non sia proibito oggidì. Costa egli dall'uso di giudicare in Francia, e dagli scrittori, che approvan